ESTADO DE DIREITO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E COMBATE À CORRUPÇÃO

INTERFACES PORTUGAL/BRASIL

Organizadores:
Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco
Prof. Sérgio Antônio Ferreira Victor

Paulo Gustavo Gonet Branco (Organizador)

Sérgio Antônio Ferreira Victor (Organizador)

Estado de Direito, direitos fundamentais e combate à corrupção –interfaces Portugal/Brasil

1ª edição

Autores

Rafael da Silva Menezes

Daiane Garcia Masson

Rogério Luiz Nery da Silva

Bruno Valverde Chahaira

Jaime Leônidas Miranda Alves

Marcus Firmino Santiago

Rodrigo Chaves

José S. Carvalho Filho

Guilherme Guimarães Feliciano

Francisco Milton Araújo Junior

Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho

Matheus Passos Silva

Instituto Brasiliense de Direito Público

Brasília

2015

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

A Escola de Direito de Brasília (EDB), do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), e a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa reuniram-se para discutir questões importantes envolvendo projetos de pesquisa desenvolvidos nos programas de mestrado e doutorado do Brasil, de Portugal e de países vizinhos, com foco nos problemas relacionados aosdireitos fundamentais e ao combate à corrupção, consoante a programação doIII Seminário Luso-Brasileiro de Direito, ocorrido no período de 07, 08 e 09 de abril de 2015.

O evento contou com a expertise dos estudiosos que se debruçam sobre os problemas dos efeitos da corrupção na efetivação dos direitos fundamentais, comuns às duas realidades – brasileira e portuguesa –, assim como com a experiência de aplicadores do direito que vivenciam,em seu labor diário, as dificuldades relacionadas ao enfrentamento do tema. Circunstância que motivou um debate de riqueza inigualável.

Tanto Portugal como o Brasil enfrentaram fortes crises econômicas e políticas na história recente, impondo medidas veementes e muitas vezes restritivas de direitos, aprovadas pelo Parlamento e, depois, impugnadas pelos partidos de oposição e pelo próprio Chefe do Poder Executivo. O Tribunal Constitucional português e o Supremo Tribunal Federal foram provocados e editaram decisões queestabeleceramprecedentes geradores de intenso debate doutrinário.

O ponto central de todas as discussões do evento, consistente na implementação efetiva do Estado de Direito no Brasil e em Portugal,culminou na produção de artigos de relevante interesse social e que certamente repercutirão fora dos muros da instituição de ensino.

Os debates travados na ocasião viabilizaram o oferecimento para toda a comunidade jurídica de obra de potencial impacto, dada sua atualidade, emergência de seu conteúdo e o caráter inovador de suas proposições.

A Coordenação Científica do III Seminário Luso Brasileiro de Direito foi formada pelo Prof. Dr. Jorge Miranda (ICJP/FDUL), pelo Prof. Dr. Ministro Gilmar Mendes (STF - EDB/IDP), pelo Prof. Dr. Carlos Blanco de Morais (ICJP/FDUL) e pelo Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco (EDB/IDP). A Coordenação Geral contou

com a Dra. Dalide Corrêa (Diretora-Geral EDB/IDP), o mestre e doutorando Jairo Schäfer, o Dr. Rui Lanceiro (ICJP/FDUL), a mestre e doutoranda Raquel Brízida Castro (ICJP/FDUL) e o Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor (EDB/IDP).

Espera-se que a leitura desses textos propicieao leitor elementos para uma reflexão sobre a efetivação dos direitos fundamentais e sobre o combate à corrupção no Estado Democrático de Direitono Brasil e em Portugal.

Boa leitura!

Ana Carolina Figueiró Longo[1]

Jairo Gilberto Schäfer[2]

Sérgio Antônio Ferreira Victor[3]

[1]Mestre em Direito Constitucional pela EDB/IDP, Assessora Acadêmica.

[2]Mestre em Direito pela UFSC, doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Juiz Federal.

[3] Doutor em Direito do Estado (USP). Mestre em Direito e Políticas Públicas (UniCeub). Coordenador Adjunto do Curso de Mestrado em Direito Constitucional da EDB/IDP.

CAPÍTULO 1

A CIDADANIA ATIVA COMO MECANISMO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Matheus Passos Silva[4]

Resumo: O artigo está dividido em quatro partes. Na primeira é feita breve definição doutrinária sobre o conceito de "corrupção", sendo também apresentados os resultados de uma pesquisa sobre a percepção da corrupção entre os habitantes do Distrito Federal. Na segunda parte apresenta-se a *Lei de acesso à informação* como o principal mecanismo atualmente existente para o combate à corrupção por parte do cidadão, buscando-se mostrar que a lei é ineficaz neste combate devido a aspectos socioeconômicos que interferem em sua concretização. Na terceira parte é feita uma análise do conceito de cidadania no Brasil, mostrando-se que a atual estrutura constitucional de direitos políticos é insuficiente para o controle do Estado por parte do cidadão devido à *fragmentação política* atualmente existente na *res publica* brasileira. Na quarta parte apresenta-se o conceito de cidadania ativa, bem como as maneiras pelas quais tal conceito, se efetivamente implementado com a atribuição de direitos e deveres aos cidadãos na esfera das políticas públicas, pode auxiliar no combate à corrupção.
Palavras-chave: Corrupção; Lei de acesso à informação; Democracia; Participação; Cidadania ativa.

Abstract: The article is divided into four parts. The first sectionbrings a brief doctrinal definition of the concept of "corruption", and it's also presented the results of a survey on the perception of corruption among the inhabitants of the Federal District. The second part presents the *Law of access to information* as the main currently existing mechanism to combat corruption by the citizen, aiming to show that the law is ineffective in fighting corruption due to socioeconomic factors that interfere in its implementation. The third section brings an analysis of the concept of citizenship in Brazil, where it's shown that the current constitutional structure of political rights is insufficient for the control of the state by the citizen due to the currently existing *political fragmentation* in the Brazilian *res publica*. The fourth section presents the concept of active citizenship and the ways in which such a concept, if effectively implemented with the allocation of rights and obligations to citizens in the sphere of public policies, may help fighting corruption.
Keywords: Corruption; Law of access to information; Democracy; Participation; Active citizenship.

---

[4] Doutorando em Direito na especialidade "Jurídico-Política" pela Universidade de Lisboa (Portugal). Mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília (Brasil). Pós-graduando em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Professor Universitário. Currículo completo disponível em <http://lattes.cnpq.br/4314733713823595>. Email: <contato@profmatheus.com>.

Introdução

O imaginário popular tem a ideia de que o Brasil é país “corrupto por natureza”. Utiliza-se, para argumentar nesse sentido, o fato de que já Pêro Vaz de Caminha, ao enviar carta a D. Manuel I para comunicar o descobrimento do Brasil, teria pedido, no último parágrafo, que o rei pusesse fim ao degredo de seu genro, o que poderia se caracterizar como nepotismo.

Independentemente da origem da corrupção no Brasil, torna-se premente combatê-la. Muitas vezes enxerga-se o Estado como instituição responsável por ações que possam pôr fim à corrupção, o que não é um equívoco. Contudo, surge como tão ou mais importante que a atuação do Estado a participação do cidadão, já que, em última instância, é este que sofre com as consequências nefastas que a prática da corrupção causa no sistema sócio-jurídico-político brasileiro.

Nesse sentido, este texto tem por objetivo trabalhar o conceito de *cidadania ativa* como mecanismo efetivo de combate à corrupção por parte do cidadão. Espera-se que o conceito, se constitucionalizado e efetivamente aplicado, dará ao cidadão o empoderamento necessário para que ele, ao tomar parte do processo de criação de uma política pública, possa, com seu envolvimento, prevenir e até mesmo combater a corrupção, não apenas por fazer parte do processo mas também por ser responsável pelo resultado do mesmo.

1. O conceito de corrupção e sua percepção pelo cidadão

1.1.Corrupção: breves apontamentos doutrinários

Não há dúvida alguma de que o tema “corrupção” faz parte do noticiário brasileiro há anos, quiçá décadas. Inegável também que há, por parte da população, certo conhecimento a respeito do conceito de corrupção, o qual pode ser entendido como “comportamento desonesto, fraudulento ou ilegal que implica a troca de dinheiro, valores ou serviços em proveito próprio” (PRIBERAM, 2015).

Não muito diferente vem a ser a definição técnico-formal do termo. Pasquino (1998, p. 291) define corrupção como sendo “o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troco de recompensa”, e

complementa que “corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estadual”[5].

Destaca-se aqui a existência de três tipos de corrupção: 1) Aquela em que um indivíduo se utiliza de recursos financeiros para “mudar a seu favor o sentir de um funcionário público”; 2) O nepotismo, ou seja, a concessão de cargos públicos a familiares[6]; 3) O peculato, sendo este o “desvio ou apropriação e destinação de fundos públicos ao uso privado” (PASQUINO, 1998, p. 291-2).Vale destacar ainda que a corrupção é uma *via de mão dupla*, ou seja, participa de ato corruptivo tanto aquele que oferece algo– o *corruptor* –quanto aquele que recebe ou que se deixa corromper – o *corrompido*.

Uma das causas do aumento da corrupção é identificada por Pasquino (1998, p. 292) como sendo a exacerbação da institucionalização do Estado, entendida esta como a “ampliação do setor público em relação ao privado”. Em outras palavras, o autor defende que quanto maior o *tamanho* do Estado maior a probabilidade de corrupção, posto que haveria mais espaços institucionais para que a mesma ocorresse. Destaca-se também, como causa do aumento da corrupção, a institucionalização *variável* do aparelho do Estado, entendida esta como a constante alteração institucional do Estado: em ambientes institucionalmente estáveis “os comportamentos corruptos tendem a ser, ao mesmo tempo, menos freqüentes [*sic*] e mais visíveis” (PASQUINO, 1998, p. 292).

A corrupção pode surgir em três momentos distintos: 1) Na fase de tomada de decisão, quando se busca definir a posição de parlamentares, de comissões e de peritos sobre temas específicos; 2) No momento de “aplicação das normas por parte da administração pública e de suas instituições”, quando se busca obter isenções ou aplicação favorável das normas; 3) No momento de aplicação das leis contra seus transgressores, objetivando-se a fuga às sanções legalmente previstas (PASQUINO, 1998, p. 292). Percebe-se pelo exposto, portanto, quea corrupção ocorre mais facilmente durante o processo de criação de políticas públicas.

---

[5]O Código Penal brasileiro traz de maneira explícita, nos arts. 317 e 333, as punições, respectivamente, aos crimes de corrupção passiva e de corrupção ativa. Ver Brasil (1940).

[6]É importante destacar que o termo “corrupção” está sendo utilizado no âmbito deste texto apenas no que concerne ao serviço público, não sendo aqui relevante se a indicação, por parte de um diretor de uma empresa privada, de seu filho para determinado cargo caracteriza ou não nepotismo. A este respeito ver Pasquino (1998, p. 292).

Para além de tais definições, importa aqui destacar a ideia apresentada por Pasquino (1998, p. 292) de que quanto maior a heterogeneidade de uma sociedade, maior a possibilidade de corrupção. Isto significa dizer que quanto mais os cidadãos atuarem de maneira individualista, buscando satisfazer apenas suas próprias necessidades sem ter considerações acerca do bem comum ou do bem público, maior a probabilidade de surgimento de casos de corrupção. Tal seria verdadeiro a partir do momento em que "os grupos discriminados tendam a agir de forma solapada, para não tornar mais aguda a discriminação de que se fizeram objeto". É nesse sentido que o autor afirma que "o fenômeno da corrupção acentua-se, portanto, com a existência de um sistema representativo imperfeito e com o acesso discriminatório ao poder de decisão".

É ainda necessário destacar o efeito *desagregador* da corrupção no sistema jurídico-político como um todo. Pasquino (1998, p. 292-3) afirma que quanto maior a corrupção, maior a probabilidade de surgimento de tensões dentro da elite dominante, por um lado, bem como de reações das massas populares – tanto reações ativas, tais como manifestações e protestos, quanto reações passivas, como o alheamento e a apatia política –, o que, em última instância, interfere no sistema representativo e, consequentemente, na legitimidade do próprio sistema jurídico-político por reiniciar o ciclo da corrupção.

1.2. A percepção da corrupção pelo cidadão do Distrito Federal

No ano de 2010 a Faculdade Projeção, instituição de educação superior estabelecida na cidade de Taguatinga, Distrito Federal, Brasil, realizou pesquisa com 2.835 cidadãos do Distrito Federal acerca do tema "corrupção".A maioria (55,4%) dos respondentes tinha até 35 anos, sendo a maior faixa de renda (35,3%) composta por pessoas com rendimentos entre 1 e 5 salários mínimos. Ainda, 42,3% dos entrevistados declararam possuir ensino médio completo, enquanto 22,4% afirmaram possuir ensino superior completo (LIMA JÚNIOR; SILVA, 2011, p. 6-8).

No contexto da pesquisa chama a atenção o percentual de respostas para algumas das perguntas da primeira parte, que têm cunho pessoal – ou seja, colocam o cidadão como agente ativo ou passivo em situações hipotéticas de corrupção. Na questão 3, ao se questionar se o respondente aceitaria ser indicado para um cargo

público prestigiado em troca da realização de pequenos favores para aquele que lhe indicou ao cargo, 75,7% responderam que não. Da mesma maneira, quando o respondente foi perguntado na questão 4 se, estando decidido a votar no candidato “A”, fosse abordado pelo candidato “B”, o qual lhe ofereceria algo – favores pessoais ou até mesmo a indicação para um emprego – em troca da mudança do voto, 72,8% responderam que não se deixariam corromper (LIMA JÚNIOR; SILVA, 2011, p. 11-2). Por fim, destaca-se a pergunta 9, que traz em seu comando a seguinte situação hipotética: o respondente teria ido trabalhar na rua em nome de sua empresa tendo as despesas alimentícias ressarcidas sem necessidade de comprovação das mesmas. Não tendo tempo para almoçar, o respondente teria comido apenas um sanduíche com valor de R$ 3 (três reais, aproximadamente 1 €). Dentre as opções disponíveis na resposta, 68% afirmaram que prestariam conta à empresa de seus gastos efetivos, não se aproveitando da situação de não necessidade de comprovar os gastos para obter ganhos pessoais (LIMA JÚNIOR; SILVA, 2011, p. 20).

Ainda no âmbito da pesquisa, mas agora com enfoque na esfera pública – ou seja, de relação do Estado com a sociedade e vice-versa –, 82,6% dos respondentes afirmaram serem favoráveis a um aumento da pena por corrupção quando o crime for cometido por algum político, tendo-se em vista o fato de o mesmo ser representante do povo. Em consonância, 71,5% dos entrevistados afirmaram que o crime de corrupção, quando praticado por políticos, deveria constar do rol de crimes hediondos, já que fere a coletividade como um todo. Ainda, destaca-se que 73,4% dos participantes da pesquisa acreditam que penas alternativas não são a solução para os crimes de corrupção cometidos por políticos. Por fim, é importante destacar que 78,7% dos entrevistados acham que os políticos condenados por qualquer espécie de crime deveriam ser impedidos de se candidatar novamente para algum cargo político (LIMA JÚNIOR; SILVA, 2011, p. 35-8).

Não deixa de ser relevante o fato de que de maneira geral cerca de um quarto (25%) dos entrevistados, em várias perguntas, é leniente com ações relacionadas à corrupção. A título de exemplo verifica-se a situação aventada na questão 17, na qual 14,5% concordaram ser aceitável trocar cargos públicos por favores e 10,6% consideraram ser aceitável receber dinheiro em troca de favores – ou seja, um total de 25,1% dos entrevistados compactuou com ações ilícitas. Já na questão 18 perguntou-se se o entrevistado aceitaria repassar 10% de seu salário para

a pessoa que o indicou para o cargo, e nesta situação 27% dos entrevistados afirmaram concordar com tal repasse (LIMA JÚNIOR; SILVA, 2011, p. 32-3).Por outro lado, é de se comemorar que na maioria das situações presentes na pesquisa a maioria dos cidadãos se mostra intolerante com ações vistas como associadas à prática da corrupção, tanto no sentido pessoal como também no sentido público. Com isso é possível afirmar que o cidadão sabe o que é corrupção e sabe identificá-la, tanto em situações privadas quanto públicas.

2. A Lei de Acesso à Informação como um mecanismo formal de prevenção e de combate à corrupção por parte do cidadão

Uma vez apresentada esta breve conceitualização do que seja a corrupção e qual a percepção cidadã sobre o tema, torna-se necessário apresentar os mecanismos legalmente existentes para que seja possível combatê-la. Entretanto, a perspectiva aqui apresentada não se centra necessariamente nos aspectos de controle *horizontal* do combate à corrupção, mas sim nos mecanismos de controle *vertical*[7] do combate à corrupção. Em outras palavras, buscar-se-á apresentar aqui que ações podem os *cidadãos*executar, de maneira independente do Estado, com o objetivo de ao menos prevenir o surgimento de focos de corrupção. Nesse contexto um dos mecanismos de destaque é a Lei nº 12.527/2011, chamada de *Lei de acesso à informação* (doravante "LAI"), que busca garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216, todos da Constituição Federal brasileira (doravante "CF").

A LAI tem por objetivo aumentar a eficiência do Poder Público, diminuir a corrupção e elevar a participação social, sendo o acesso à informação visto tanto como um direito quanto como um dever do cidadão. Ela abrange os três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – em todas as esferas de governo – federal, estadual, distrital e municipal. Fundamentando-se na LAI o cidadão pode solicitar informações, em princípio, a respeito de qualquer tema, excetuando-se aquelas identificadas legalmente como sigilosas. Não se exige motivação nem pagamento por parte do cidadão, a não ser em casos em que haja reprodução de material. Quaisquer

---

[7]Por *controle horizontal* entende-se a atuação do próprio Estado no que concerne ao combate à corrupção. Destacam-se, nesse sentido, as ações do Ministério Público e dos Tribunais de Conta. Por sua vez, por controle *vertical* entendem-se os mecanismos disponíveis aos cidadãos para a realização do controle das ações do Estado.

pessoas, tanto físicas quanto jurídicas e até mesmo estrangeiros, podem pedir informações (BRASIL, 2015a).

Conforme o *site* e-Sic[8], de maio de 2012 a março de 2015 foram realizados 250.683 pedidos, com média mensal de 7.162. Dos pedidos realizados, 245.758, ou 98,04%, foram respondidos. A categoria com maior quantidade de pedidos foi a de *Economia e finanças – finanças*, com 11,84% dos pedidos, seguida de perto pela categoria *Governo e política – administração pública*, com 11,3% dos pedidos. O tempo médio das respostas foi de aproximadamente duas semanas. Pouco mais de 10% dos pedidos respondidos tiveram suas respostas negadas, por motivos que variam desde o acesso a dados pessoais, passando por pedidos incompreensíveis ou sendo dados sigilosos conforme assim definido pela própria LAI. Pouco mais de 97% das respostas foram emitidas de maneira eletrônica, pelo próprio sistema ou por e-mail. Já em relação ao perfil dos solicitantes, 95,04% destes foram identificados como pessoas físicas, sendo que pouco mais de um quarto dos solicitantes (25,51%) são do estado de São Paulo. Acerca ainda dos solicitantes, destaca-se que 54,78% são do sexo masculino e que a taxa de escolaridade dos solicitantes é elevada, já que 57,37% dos pedidos foram feitos por pessoas com no mínimo o ensino superior[9] – em contraposição, apenas 0,79% declararam-se como "sem instrução formal". A profissão mais frequente dos requerentes é a de empregado do setor privado, com 15,53% dos requerentes (BRASIL, 2015b).

Como se pode perceber pelos dados acima apresentados, é inegável que a LAI se mostra extremamente útil no que concerne à divulgação de informações por parte do Estado brasileiro. Percebe-se pelos números que praticamente todos os pedidos foram respondidos, à exceção daqueles que se enquadram nas próprias limitações legais (dados sigilosos). Também o prazo médio de resposta, de duas semanas, pode ser considerado como razoável. Ainda, destaca-se o acesso facilitado às informações, especialmente pelos pedidos serem feitos de maneira eletrônica, meio pelo qual também são dadas as respostas.

---

[8]A busca que deu origem aos resultados apresentados a seguir foi realizada no dia 11 de março de 2015 às 14h50 (horário de Lisboa, Portugal) diretamente no *site* intitulado *Relatório de pedidos de acesso à informação e solicitantes* (BRASIL, 2015b). Como informa o próprio *site*, os dados se referem à Administração Pública Federal, ou seja, não são considerados os dados dos níveis estadual, distrital e municipal. Foram utilizados os seguintes critérios de pesquisa: 1) Período de consulta: de maio de 2012 (*data de entrada em vigor da LAI*) até março de 2015; 2) Órgãos: Todos.

[9]Incluem-se neste somatório aqueles que possuem ensino superior (35,32%), aqueles que possuem pós-graduação (15,09%) e aqueles que possuem mestrado/doutorado (6,96%).

Contudo, é importante fazer algumas ressalvas a respeitoda eficácia real da LAI. Em primeiro lugar, é necessário chamar a atenção para o número ainda reduzido de pedidos realizados – 250.683 – quando se considera o número total de eleitores brasileiros[10] registrados para a última eleição geral de 2014 – 141.178.464[11](BRASIL, 2015c). Em outras palavras, tem-se que apenas 0,18% do eleitorado brasileiro se utilizou, no âmbito do Poder Executivo Federal nos últimos três anos, da LAI. É importante destacar esse número porque ele demonstra que daqueles que têm a possibilidade de exercer um dos elementos típicos da cidadania – a obtenção de informações públicas acerca das atividades do Estado – pouquíssimos o fizeram, o que pode ser entendido como desinteresse, por parte do cidadão, em controlar a *res publica*, o que pode, em consequência, favorecer a corrupção.

Em segundo lugar, importa destacar que o acesso eletrônico, se por um lado facilita a possibilidade de acesso à informação por permitir que qualquer pessoa, em qualquer lugar, possa criar seu cadastro no *site* e-Sic e solicitar as informações, por outro pode elitizar o acesso, já que o acesso eletrônico pressupõe que o utilizador possua algum equipamento que permita o acesso à internet (computador, *tablet*, *smartphone*...). Nesse contexto, verifica-se que apenas 19,6% das pessoas residentes em domicílios particulares possuem microcomputador no primeiro quinto[12] de rendimento mensal familiar. No segundo quinto apenas 38,5% possuem computador em casa, e mesmo no terceiro quinto a maioria ainda não possui o equipamento, com 49,9% possuindo computador em casa (BRASIL, 2014a, p. 157). Percebe-se, desta maneira, que aspectos socioeconômicos interferem na capacidade que o cidadão tem de buscar informações com o objetivo de se empoderar[13]para tentar prevenir a corrupção.

---

[10]Nesta comparação optou-se pela utilização do número de *eleitores*, e não do de *habitantes*, tendo-se em vista o fato de que por eleitores entendem-se aqueles cidadãos com capacidade eleitoral ativa, ou seja, aqueles que são possuidores do título de eleitor, o que pressupõe a idade mínima necessária para participar da vida pública do país.

[11]O número total de eleitores brasileiros é de 142.822.046 (BRASIL, 2015c). Contudo, optou-se por retirar do número total aqueles que têm de 16 a 18 anos tendo-se em vista o fato de que para estes o voto é facultativo.

[12] O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística divide o rendimento médio em *quintos de rendimento*. Nesse sentido, o primeiro quinto corresponde aos 20% mais pobres da população, enquanto no último quinto (de 81% a 100%) encontram-se os 20% com maiores rendimentos. Ver BRASIL, 2014a, p. 102.

[13]O conceito de *empoderamento* será apresentado no tópico 4 deste texto.

O mesmo ocorre com o acesso à internet propriamente dito. Mesmo considerando-se a expansão vista no Brasil no que diz respeito ao acesso à internet por meios móveis, notadamente *tablets* e *smartphones*, atualmente mais de 75% das linhas telefônicas celulares são do tipo *pré-pago* (G1, 2015), o que pode influenciar na decisão do cidadão em não buscar informações junto ao e-Sic dadas suas condições socioeconômicas jáque a renda média mensal *per capita*do cidadão brasileiro é de R$ 1.052,00 (mil e cinquenta e dois reais) (BRASIL, 2015d) – ou seja, pouco mais de 306 €[14].Nessa toada, e considerando-se os quintos de rendimento mensal familiar *per capita*, tem-se que apenas 20,5% daqueles que fazem parte do primeiro quinto "acessaram a internet nos últimos três meses"; os números do segundo, terceiro, quarto e quinto quintos são, respectivamente, de 32,8%, 38,6%, 50,8% e 67,4% (BRASIL, 2014a, p. 157). Em outras palavras, o que se percebe é que, a despeito dos esforços feitos pelo Estado brasileiro no âmbito da transparência, os quais não podem nem devem ser menosprezados, ainda há impedimentos de origem socioeconômica ao pleno exercício da cidadania no que toca ao acesso às informações –portanto, ao controle cidadão das ações do Estado.

Ainda em consonância com o contexto socioeconômico acima apresentado, importa destacar que a maioria dos pedidos foi feita por cidadãos que possuem boa escolaridade (no mínimo ensino superior), o que demonstra, mais uma vez, que o acesso à informação ainda é elitizado no Brasil. Ainda que tenha havido aumento do número de pessoas de 18 a 24 anos que frequentam o ensino superior – de 10,4% em 2004 para 16,3% em 2013, e ainda que na última década (2004-2013) tenha aumentado o número de estudantesdo ensino superior provenientes dos quintos mais pobres de rendimento, verifica-se ainda haver predomíniono ensino superior de estudantes provenientes do quinto com maiores rendimentos, sendo estes 43% dos alunos da rede privada de ensino superior e 38,8% dos alunos da rede pública de ensino superior contra, respectivamente, 3,7% e 7,2% daqueles provenientes do quinto com menores rendimentos (BRASIL, 2014a, p. 107-8).

Pelos dados expostos verifica-se que o acesso à LAI ainda é opção disponível a poucos cidadãos. Mais uma vez deve ser reiterado que a regulamentação

---

[14]Conversão realizada no *siteXE Currency Converter* no dia 12 de março de 2015 às 11h (horário de Lisboa, Portugal). Disponível em <http://www.xe.com/currencyconverter/convert/?Amount=1052&From=BRL&To=EUR>.

do acesso à informação foi iniciativa louvável do Estado brasileiro no sentido de buscar a transparência e, mais ainda, de fornecer ao cidadão mecanismos para que este exerça sua cidadania no sentido de buscar informações que possam prevenir a corrupção. Contudo, destaca-se a relativa ineficácia da lei quando se verifica o número de pedidos feitos quando comparado ao número de cidadãos brasileiros, bem como com as condicionantes socioeconômicas existentes, as quais, ainda que não possam ser solucionadas apenas por meio da edição de leis, interferem no exercício da cidadania. Chega-se à conclusão de que não há, no âmbito brasileiro, mecanismos eficientes que permitam à maioria dos cidadãos a prevenção efetiva da corrupção por meio do simples acesso à informação.

3. A cidadania no Brasil: pressupostos constitucionais e efetividade prática no combate à corrupção

3.1. Pressupostos constitucionais da cidadania

Do ponto de vista do texto constitucional brasileiro, a ideia de *cidadania* é claramente visualizada em pelo menos três partes. De maneira literal vislumbra-se a cidadania no inciso II do art. 1º; por sua vez, de maneira vinculada ao exercício dos direitos políticos, percebe-se a presença da cidadaniano parágrafo único do art. 1º e no *caput*e corpo do art. 14da CF[15](BRASIL, 2014b, p. 5; p. 8).

José Jairo Gomes afirma que a ideia de cidadania "apresenta amplo significado nas ciências sociais", já que "denota o próprio direito à vida digna em sentido pleno, abarcando os direitos fundamentais, civis, políticos e sociais". Sendo assim, nesse contexto "todos têm direito à cidadania, *independentemente* de se estar ou não alistado como eleitor" (GOMES, 2014, p. 47, grifo nosso). Nesse mesmo sentido, Jorge Miranda (2014a, p. 65, grifo nosso) define que "são cidadãos todas as pessoas desde o nascimento até à morte; contudo, nem todos são *titulares de direitos políticos*". Tem-se aqui uma definição que engloba não apenas aspectos jurídico-políticos de cunho eleitoral mas também aspectos sociais, o que significa dizer que

---

[15]Chama-se a atenção para o fato de que a CF traz explicitamente em seu Capítulo IV do Título II os direitos políticos. Tal capítulo engloba os arts. 14, 15 e 16. Contudo, para o enfoque deste texto destaque será dado apenas ao art. 14, considerando-se que os temas constitucionais dos demais artigos não terão relevância para o argumento aqui apresentado. Da mesma forma, o art. 17, que trata dos partidos políticos, também pode ser considerado como um direito político, mas sua análise foge ao escopo deste texto.

esta definição de cidadania analisa o ser humano como tal. Esta definição, que aqui será chamada de *cidadania ampla*, é aquela que será utilizada neste texto quando se estiver referindo ao termo *cidadania* presente no inciso II do art. 1º da CF.

Além dessa definição ampla, Gomes (2014, p. 47) traz também uma definição mais restrita de cidadania – qual seja, a de que cidadão é o *indivíduo detentor de direitos políticos*: "trata-se do nacional admitido a participar da vida política do País, seja escolhendo os governantes, seja sendo escolhido para ocupar cargos político-eletivos". Na mesma esteira Miranda (2014a, p. 103) afirma que "cidadania significa [...] a participação em Estado democrático [...] correspondente à capacidade eleitoral". Por esta definição, que aqui será chamada de *cidadania restrita*, e atentando-se ao contexto brasileiro, tem-se que cidadão é o indivíduo que possui título de eleitor, já que o registro eleitoral é indispensável para o exercício dos direitos políticos previstos na CF (MENDES; BRANCO, 2014, p. 872-3).

Em um contexto exclusivamente jurídico-político, que se fundamenta na ideia de cidadania restrita, considera-se que se houver regras eleitorais claras, vinculadas à garantia das liberdades constitucionais, garante-se a efetivação da cidadania, já que a todos os cidadãos – ou seja, a todos os detentores de direitos políticos – são dadas iguais possibilidades de participarem da esfera pública, seja por meio do direito de votar, seja por meio da possibilidade de virem a ser votados, bem como participar de plebiscitos e de referendos.

3.2. A (não) efetividade da cidadania no Brasil como mecanismo de combate à corrupção

Além da LAI, outro mecanismo comumente visto como garantidor da atuação cidadã frente ao Estado no que concerne ao combate à corrupção é o *voto*, sendo o ato de votar entendido como a concretização da cidadania em sentido restrito. Tem-se que por meio do voto pode o cidadão fazer uma análise dos rumos atribuídos pelos representantes eleitos ao Estado e, em caso de discordância, trocá-los por outros, que em tese passarão a satisfazer suas demandas. Em caso inverso, caso esteja o cidadão satisfeito com a condução da *res publica*, confiará ao representante novo mandato eletivo. A tradição representativa não é nova, sendo constante na doutrina jurídico-política pelo menos desde o século XVII quando de seu início a partir do pensamento político de John Locke (MIRANDA, 2014a, p. 373).

A ideia de cidadania, portanto, está diretamente relacionada à de democracia, e ambas, em última instância, se relacionam ao combate à corrupção. Talvez seja possível afirmar que quanto maior o exercício da cidadania menor a corrupção, o que, em última instância, fortalece o sistema democrático de um país. Desta feita, é necessário que seja feito o seguinte questionamento: o exercício da cidadania no Brasil em sentido restrito conforme apresentado atinge os objetivos a que se propõe? Em outras palavras, o exercício da cidadania por meio do voto é capaz de controlar o Estado de maneira a prevenir e combater a corrupção?

Miranda (2014a, p. 378) afirma que a democracia representativa, sistema político no qual o Brasil se insere, possui quatro características fundamentais, dentre as quais, destacam-se duas: 1) A possibilidade de ter o povo, sujeito do poder, uma vontade jurídica e politicamente eficaz; 2) A responsabilidade política dos governantes, que deve ocorrer por meio do cumprimento dos deveres constitucionais relativos ao exercício de seus cargos e do dever de informação do povo. Em outras palavras, espera-se, por um lado, que um sistema juridicamente democrático concretize efetivamente a ideia de *representação política*[16] de maneira que a vontade do povo se concretize nas ações do Estado; por outro, é de se supor que o representante executará suas funções conforme os ditames constitucionais e infraconstitucionais, inclusive sem desvios éticos, seguindo os princípios da estrita legalidade e da moralidade, além do princípio da eficiência, conforme insculpidos no art. 37 da CF (BRASIL, 2014b, p. 13).

Contudo, não parece ser isso o que ocorre quando se olha para a realidade brasileira. O que se verifica é um verdadeiro *distanciamento* do cidadão da esfera política, ou seja, da esfera pública, que leva ao consequente esvaziamento da política como instância de ação cidadã para o controle do Estado, tanto em sentido jurídico quanto político– o que significa dizer que não ocorre a primeira das condições acima apresentadas por Miranda. Por sua vez, o cidadão, ao se afastar da esfera pública – ou seja, ao exercer o seu direito político de voto de maneira apenas formal, sem atribuir

---

[16]Para os objetivos deste texto o conceito de *representação política* deve ser entendido tendo-se por base as seguintes características: 1) Prestação de contas à sociedade, por parte do eleito, a respeito de suas ações; 2) A presença de um *diálogo claro* entre eleito e eleitor, no sentido das mensagens de um a outro serem mutuamente compreensíveis; 3) A existência de algum *mecanismo de controle* do eleitor junto ao eleito; 4) A existência de uma cultura *participante*, e não *passiva*, por parte da sociedade, ao mesmo tempo em que exista uma cultura democrática e flexível, e não autoritária e dogmática, por parte dos representantes (SILVA, 2014, p. 97-8).

ao ato de votar nenhum significado valorativo –, abre espaço para o surgimento da representação política imperfeita, o que por sua vez permite o surgimento de "brechas" para que o representante eleito não atue com a devida responsabilidade perante o povo no exercício de suas funções públicas.

Tal situação é definida por Taylor (2000, p. 294-9) como sendo a *fragmentação política*. Segundo o autor, se os cidadãos perceberem que a possibilidade de exercício do poder está muito distante de si mesmos, sendo o poder político com frequência incapaz de dar resposta às suas demandas, verifica-se nesta situação a fragmentação política, ou seja, "um povo cada vez menos capaz de formular um propósito comum e de buscar levá-lo a efeito".

Ainda conforme Taylor (2000, p. 302), "a fragmentação é sem dúvida intensificada pelo sentido de que o governo é impermeável e o cidadão, impotente, agindo pelos canais eleitorais normais, para afetar as coisas significativamente". Em outras palavras, uma vez que o cidadão, no exercício de seus direitos políticos, percebe-se incapaz de definir os rumos do Estado – ou seja, quando ele percebe que a representação é imperfeita –, surge a tendência de desconsiderar a esfera pública como mecanismo capaz de solucionar problemas coletivos, o que pode aumentar a sensação de indiferença pela participação eleitoral, levando, consequentemente, ao aumento da corrupção. Nas palavras de Taylor, (2000, p. 302), "a fragmentação aumenta quando as pessoas já não se identificam com sua comunidade política, quando seu sentido de pertinência corporativa se transfere para outras instâncias ou se atrofia por inteiro", levando-se, segundo o autor, à "impotência política".

É possível afirmar que no Brasil atual verifica-se cada vez mais esta fragmentação política. Pesquisa realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral entre os dias 3 e 7 de novembro de 2010 – portanto, logo após o segundo turno das eleições gerais daquele ano, que ocorreu no dia 31 de outubro – mostra os seguintes números acerca do conhecimento do cidadão a respeito da eleição recém-realizada:

- 23% dos entrevistados não se lembravam em quem haviam votado no 1º turno para deputado estadual;
- 21,7% dos entrevistados não se lembravam em quem haviam votado no 1º turno para deputado federal;

- 20,6% dos entrevistados não se lembravam em quem haviam votado no 1º turno para senador;
- 19,5% dos entrevistados não sabiam quais cargos estavam em disputa nas eleições;
- 22,4% dos entrevistados afirmaram estar mal informados em relação ao papel desempenhado pelo Presidente da República;
- 41,4% dos entrevistados afirmaram desconhecer as funções exercidas por um Senador da República (BRASIL, 2010).

Por ocasião das eleições gerais de 2014, o *site* de notícias G1 elaborou infográfico com o número de abstenções e de votos nulos e em branco no primeiro turno das eleições gerais desde 1994. Somados, os números surpreendem:

- 1994: 33.3%;
- 1998: 40,2%;
- 2002: 28,1%;
- 2006: 25,2%;
- 2010: 26,7%;
- 2014: 29% (VELASCO, 2014).

Percebe-se que nas últimas três eleições gerais (2006, 2010 e 2014) tem havido aumento do número de cidadãos que, no pleno exercício de seus direitos políticos, decidem não comparecer às eleições ou decidem votar em branco ou nulo[17] – votos estes que, no caso brasileiro, são considerados como votos inválidos, não contando para nenhum cálculo eleitoral conforme arts. 3º e 5º da Lei nº 9.504/97, a chamada *Lei das eleições* (BRASIL, 1997).

Como consequência desta situação, percebe-se "ser pífia a ligação eleitor-eleito, o que se constata, por exemplo, no fato de que a maioria de nós sequer lembra em quem votou nas últimas eleições" (ENZWEILER, 2011, p. 153). Sendo frágil o vínculo entre eleito e eleitor, diminui-se a confiança no sistema político, "abalando as

[17]Há aqueles na doutrina que consideram o voto em branco ou o voto nulo como uma manifestação apolítica do eleitor, o que significa dizer que ele, ao votar em branco ou nulo, está exprimindo sua opção política. Para os objetivos deste texto, contudo, os votos em branco e os votos nulos serão considerados como "não-manifestação cidadã", posto que, ao serem invalidados, não gerarão nenhum tipo de vínculo jurídico entre os cidadãos e os representantes eleitos.

estruturas da própria legitimidade eleitoral”, com a consequente inexistência do acompanhamento e da cobrança, por parte do cidadão, da atividade parlamentar. Logicamente que a falta de *sintonia* entre eleito e eleitor tem como um de seus resultados a corrupção, já que não há fiscalização por parte dos eleitores a respeito das ações de seus representantes.

No âmbito de um sistema jurídico-político democrático cuja Constituição é analisada à luz de uma visão pós-positivista (SILVA, 2014, p. 21 e segs.), percebe-se que o sistema de representação atual não é efetivo na concretização da democracia como princípio constitucional fundante do Estado brasileiro. Por sua vez, se os direitos políticos são direitos fundamentais, e se se espera que estes sejam concretizados para que se vislumbre “a íntima correlação entre direitos fundamentais e democracia” (SARLET, 2009, p. 47), verifica-se que isto não ocorre na atualidade.

O que se verifica, de maneira geral, é que não há interesse, por parte do cidadão, em se preocupar com questões político-sociais fora do momento eleitoral; também não há preocupação cidadã em fiscalizar seus representantes, de maneira que ele próprio – o cidadão – se torna responsável pela não efetividade de seus próprios direitos políticos. Ora, se para a efetividade da Constituição “é indispensável o consciente *exercício de cidadania*, mediante a exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais, da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais” (BARROSO, 2013, p. 244, grifos no original), percebe-se que no atual modelo jurídico-político brasileiro não há que se falar em efetividade na concretização dos direitos políticos: o que existe é a mera realização do ato de votar, muitas vezes de maneira inconsequente, gerando problemas para o próprio exercício da cidadania em longo prazo. O que se vislumbra no atual ordenamento jurídico-político brasileiro acerca de ações concretaspor parte do cidadão é, de quando em quando, a mera exposição de ideias por meio de manifestações sociais, que não correspondem ao efetivo *exercício do poder político* por parte do povo, especialmente quando se considera o caráter *relacional* de uma relação de poder conforme definido por Stoppino (1998, p. 933-6).

Verifica-se, desta maneira, que a cidadania noformato atualmente em vigor no Brasil não é capaz de atuar como mecanismo de controle do cidadão sobre o Estado de maneira a prevenir a corrupção. A falta de elementos jurídicos que permitam ao cidadão exigir do Estado que a representação político-jurídica

efetivamente se concretize gera o afastamento do cidadão da esfera pública e sua consequente apatia em relação a vida em coletividade, até mesmo pela “perda da noção do que é comum”, nas palavras de Enzweiler (2011, p. 158) – ou seja, o afastamento e a apatia geram a fragmentação política anteriormente referida. Como consequência, ao agirem os cidadãos cada vez mais de maneira individualista devido à representatividade imperfeita, abre-se espaço para a ausência de controle cidadão sobre as ações do Estado, o que em última instância favorece a corrupção.

4. A cidadania ativa como mecanismo cidadão de combate à corrupção

A participação conforme existente nos moldes constitucionais atuais se mostra insuficiente para gerar debate público acerca do tema “combate à corrupção”, já que o cidadão se vê cada vez mais e mais afastado da possibilidade de fiscalização dos representantes, seja por impedimentos socioeconômicos, seja por impedimentos jurídico-políticos, o que o afasta cada vez mais do centro real de tomada de decisão em um círculo *vicioso* que aparenta não ter solução.

Tal aparente falta de solução ocorre porque parte-se do princípio de que a democracia se limita a “regras do jogo”. Conforme estudos anteriores (SILVA, 2015), a maior parte da doutrina analisa a democracia de um ponto de vista liberal, entendendo-se este como sendo a presença de determinados critérios – mormente eleitorais – na legislação constitucional e/ou infraconstitucional de determinado país. Por sua vez, poucos são os autores que têm um enfoque mais social da democracia, entendendo o conceito como algo que vai além da “mera” participação por meio do voto de 4 em 4 anos.

Contudo, a democracia é mais que simples “regras do jogo”: como afirma Gomes (2014, p. 38, grifo nosso), a democracia é “um dos mais preciosos *valores* da atualidade”. Como valor, pressupõe um “agir ético e responsável” por parte do cidadão, de maneira a ocorrer “o estabelecimento de debate público permanente acerca dos problemas relevantes para a vida social” (GOMES, 2014, p. 40). Para que isto ocorra é necessário que o conceito de cidadania se expanda para além da simples aquisição de direitos políticos: assim, entende-se que a cidadania precisa se

relacionar diretamente à participação *efetiva*[18] no âmbito público, na vida pública. Espera-se assim que a cidadania seja algo mais participativo do que o simples ato de adquirir direitos políticos e de exercê-los de maneira formal no momento eleitoral, que é o que ocorre ao menos para a maioria esmagadora da população brasileira.

4.1. A identificação patriótica como arcabouço teórico para solucionar a fragmentação política

A sociedade se encontra politicamente dispersa, desunida, apática, *fragmentada*. É necessário buscar novas ideias que sejam capazes de reinterpretar o conceito de participação política e, em última instância, o de cidadania, inclusive em termos jurídicos, para que o combate à corrupção não seja uma atividade dependente exclusivamente da (boa) vontade do Estado. É necessário, desta forma, buscar mecanismos que gerem o *empoderamento do cidadão* de maneira que este volte a ser um elemento ativo no pacto social.

O termo “empoderamento” é geralmente utilizado para caracterizar grupos que comumente são vistos como minoritários, ou ao menos hipossuficientes. Contudo, a expressão pode ser devidamente utilizada quando aplicada a todos os membros da sociedade. Kleba e Wendausen, citadas por Ximenes (2012, p. 376), afirmam que o empoderamento “se refere ao processo de mobilização e práticas que objetivam promover e impulsionar grupos e comunidades na melhoria de suas condições de vida, aumentando sua autonomia”. Pressupõe-se que o cidadão reconheça “sua capacidade [própria] em sair de uma posição de impotência e

---

[18] É importante destacar que a proposta a ser apresentada a seguir não corresponde à defesa de algum tipo de *democracia direta* baseada em valores morais, como seria nos moldes rousseaunianos. Para este autor a *vontade geral* só existiria a partir do momento em que o aspecto *social* do ser humano suplantasse seu aspecto *individual*, sendo que tal predominância se fundamentaria em *valores morais* (CHEVALLIER, p. 167). Não se defende tal ideia não porque não se espere ações morais dos cidadãos frente à coletividade, mas sim porque *ações morais não são juridicamente exigíveis*. Desta forma, a proposta caminha em direção à noção de *deveres fundamentais* conforme definidos por Nabais (2007, p. 252, grifo nosso): “podemos definir os deveres fundamentais como deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos”. Assim, “os deveres fundamentais [são] posições jurídicas *passivas*, *autónomas*, *subjectivas*, *individuais*, *universais e permanentes* e *essenciais*”. Pelo exposto fica claro que não se deve entender os deveres fundamentais – o de participação política sendo um deles – como a “soma dos pressupostos éticos da vigência da própria constituição ou de meros deveres morais” (NABAIS, 2007, p. 220), mas sim como obrigações jurídicas que “estão ao serviço de valores comunitários, de valores que, ainda que dirigidos directamente à realização de específicos direitos fundamentais dos próprios destinatários dos deveres ou de terceiros, são assumidos pela comunidade nacional como valores seus” (NABAIS, 2007, p. 298).

resignação [...] convertendo esse conhecimento em ação social e na conformação de seu entorno” (KLEBA; WENDAUSEN, citadas por XIMENES, 2012, p. 376-7).Assim, com base na ideia de empoderamento pretende-se fazer com que o cidadão renuncie à sua atual posição de passividade no que concerne à cidadania tradicional, limitada a ações na esfera eleitoral, de maneira a transformá-la em *cidadania ativa*, concretizando mudanças jurídicas, políticas e especialmente sociais.

É nesse contexto que surge a ideia de *identificação patriótica*. O conceito, apresentado por Taylor (2000, p. 203, grifos no original), está diretamente relacionado à “identificação voluntária com a *polis* por parte dos cidadãos, um sentido de que as instituições políticas em que vivem são uma expressão deles mesmos”. Em outras palavras, a identificação patriótica pretende fazer com que os cidadãos identifiquem-se a si mesmos, bem como aos demais da sociedade, como membros do mesmo grupo social de maneira que seja criada uma “identificação com os outros num empreendimento comum específico” (TAYLOR, 2000, p. 204).

Taylor não pretende que a identificação patriótica seja correspondente a um mero ato de votar em que as maiorias numéricas sejam vencedoras. A identificação patriótica deve ser entendida como “o sentimento de pertencimento a uma comunidade de valores compartilhados”, sendo, portanto, um dos mecanismos que combateria “a falta de percepção da força e importância da comunidade na vida dos sujeitos [que leva ao] desinteresse público” (XIMENES, 2010, p. 40-1). Só assim seria possível fazer com que a cidadania ativa se concretizasse: “quando os cidadãos veem a si próprios não apenas como destinatários, mas também como *autores do seu direito*, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica” (XIMENES, 2010, p. 42-3, grifos no original).Resta a pergunta: o que significa *cidadania ativa*?

4.2. Um novo tipo de cidadania: a cidadania ativa

É no contexto de insuficiência do conceito tradicional de cidadania que se desenvolve a proposta de *cidadania ativa*, cujo enfoque está não nas ações tanto absenteístas quanto propositivas do Estado, mas sim no reforço da capacidade organizativa do cidadão e, consequentemente, no seu empoderamento, de maneira a permiti-lo participar ativamente do controle do Estado. Conforme demonstrado, não

se pode pressupor que a mera previsão constitucional da cidadania, dos direitos políticos e de seu interrelacionamento seja suficiente para efetivar estes mesmos direitos: é necessário criar mecanismos jurídicos que incentivem o cidadão à participação na esfera pública.

A cidadania ativa pressupõe um relacionamento não mais exclusivamente *vertical* entre Estado e sociedade, o qual, conforme exposto nas páginas anteriores, é estanque e estático, com o cidadão em uma postura passiva, de *espera*, e o Estado em posição a(l)tiva, apresentando-se como *provedor todo-poderoso* das necessidades dos cidadãos. Em vez disso, a cidadania ativa pressupõe um relacionamento *horizontal* entre Estado e sociedade, de maneira a incluir a última nas esferas decisórias em um relacionamento que seja dinâmico e que verdadeiramente empodere seus membros – ou seja, os cidadãos. O espaço lógico de atuação cidadã com base no conceito de cidadania ativa é o das políticas públicas, já que seria esta a esfera mais propícia para o compartilhamento do poder decisório no que concerne às ações do Estado[19]. É o que afirma Moro (2002, p. 9): "a arena da cidadania ativa é a das políticas públicas: ou seja, programas promovidos pelas autoridades com o objetivo de solucionar problemas de interesse público".

Contudo, para que essa nova forma de relacionamento seja corretamente compreendida torna-se necessário, antes de tudo, se fazer uma breve definição acerca do conceito de *governança*, já que é a partir dele que a cidadania ativa se concretiza e se consolida. Assim, o termo *governança* é utilizado aqui no sentido de uma *abordagem metodológica* que implica em uma maneira específica de se "fazer política pública" fundamentada em três aspectos distintos: 1) A definição de uma

---

[19]Em seu célebre discurso a respeito da "liberdade dos antigos" e da "liberdade dos modernos", Benjamin Constant defendia a segunda por esta se caracterizar como sendo "a segurança nas fruições privadas", enquanto a primeira corresponderia à "distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria" (CONSTANT, citado por BOBBIO, 2000, p. 8). O receio de Constant estava relacionado ao fato de que o indivíduo poderia perder sua liberdade individual caso tomasse decisões políticas diretamente, já que assim o fazendo vir-se-ia obrigado a submeter-se à vontade do todo. Este é, em última instância, o cerne do Estado liberal atual quando pressupõe que os cidadãos têm "a *faculdade* de fazer ou não fazer algo conforme seu desejo" (BOBBIO, 2000, p. 11). É necessário ter em mente, contudo, que a correta defesa da dignidade humana, objetivo último de um Estado democrático de direito como o é o Brasil, pressupõe não apenas a existência de *direitos* garantidos aos cidadãos – "direitos esses que o Estado [...] deve respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros" (BOBBIO, 2000, p. 11), mas também a existência de deveres fundamentais. Nesse sentido, "por detrás dos valores comunitários, que são função directa dos deveres fundamentais, se encontram as pessoas humanas e a sua eminente dignidade. Isto é, a realização desta [da dignidade humana] passa também pela *existência de deveres fundamentais*" (NABAIS, 2007, p. 224-5, grifo nosso), dentre os quais, sem dúvida, o dever de *cidadania* ou de *responsabilidade política frente ao coletivo*.

política pública é resultado de uma interação entre diferentes agentes (públicos, privados e sociais) que compartilham as *responsabilidades* do governo; 2) Aqueles que tomam as decisões são aqueles diretamente empenhados na sua implementação; 3) Aqueles a quem as políticas públicas são direcionadas estão envolvidos em todo o processo de formulação das próprias políticas (MORO, 2002, p. 4). Ou seja, a governança na qual a cidadania ativa se insere pressupõe uma relação entre Estado e sociedade que não se fundamenta na subordinação da segunda ao primeiro; ao contrário, pressupõe que ambos se encontrem no mesmo patamar de poder no que concerne à possibilidade de tomada de decisões.

Como se percebe pela definição apresentada, o termo *governança* não pode ser entendido meramente como "atuação do governo"[20], já que esta última implica um *descolamento* entre cidadão e poder público. Pela definição percebe-se claramente a necessidade de envolvimento de todos os atores envolvidos com a política pública, seja no sentido de sua criação, no de sua execução ou mesmo no de sua recepção: o que se espera é que todos atuem em conjunto para a criação daquilo a que se submeterão. A governança, portanto, redefine o conceito de cidadania, da tradicional para a ativa, de maneira que esta se torna "o exercício de poderes e responsabilidades dos cidadãos na arena das políticas públicas no contexto da governança" (MORO, 2002, p. 7).

É importante destacar que a cidadania ativa pressupõe a participação ativa do cidadão em *todas* as etapas de definição das políticas públicas, desde a formação da agenda, passando pelo planejamento, pela tomada de decisão, pela implementação da proposta e chegando à etapa de avaliação dos resultados da política pública (MORO, 2002, p. 16). Apenas desta maneira, com o envolvimento do cidadão em todas as etapas do processo, é possível fazer a transição da cidadania tradicional para a cidadania ativa.

Nesse sentido, é necessário destacara importância da participação cidadã no processo de *definição da agenda*. Dar ao cidadão a possibilidade de tomar a decisão, por exemplo hipotético, entre a construção de um parque ou a construção de um estacionamento em determinada área pública é valorizar a opinião do cidadão; contudo, por não participar, neste exemplo hipotético, da definição da agenda, o

---

[20]Por "atuação do governo" entende-se o sistema político-jurídico "tradicional", com os cidadãos apenas votando em representantes que, na prática, não os representam efetivamente.

cidadão nada poderia fazer caso sua vontade não fosse nem uma nem outra opção, mas sim uma terceira opção que não estivesse dentre as que foram previamente definidas por alguém – provavelmente pelo próprio Estado.

A concretização da cidadania ativa também não pode ser, ela própria, uma política pública, já que isso poderia levar à verdadeira captação – ou cooptação – da sociedade civil organizada, o que minaria todo o esforço de (re)construção deste (novo) canal de participação política cidadã. O que se quer aqui dizer é que devem existir mecanismos jurídicos constitucionalizados para garantir as ações cidadãs no âmbito das políticas públicas. A transformação da cidadania ativa em norma constitucional apresenta-se como necessária porque é notório o fato de que novos governos têm a tendência a desfazerem as políticas públicas de seus antecessores: mesmo que o *conteúdo* da política pública seja o mesmo, torna-se necessário, nessa visão limitada de governo, *alterar alguma coisa*, já que a manutenção da *marca* do governo anterior seria inadmissível. Desta maneira, apenas a constitucionalização da proposta poderia fazer com que a mesma deixasse de ser uma política de governo – portanto transitória – e passasse a ser uma política de Estado, perene, indiferente às oscilações políticas resultantes da troca de um governo por outro[21].

É de se pressupor que a implantação constitucional da cidadania ativa seja capaz de gerar a identificação patriótica nos moldes acima apresentados. Desta maneira, ter-se-ia um reforço dos vínculos cívicos entre os cidadãos de maneira que estes pudessem se conscientizar de que a vida em coletividade não se limita à participação atomística no momento eleitoral, ou seja, que não basta comparecer à cabine de votação, escolher alguém como seu representante e esperar até a próxima eleição para decidir se vota novamente no mesmo candidato ou se escolhe outro para ver se alguma coisa pode ser feita de maneira diferente.A cidadania ativa constitucionalmente estabelecida, portanto, tem potencial para diminuir a fragmentação política que atualmente se verifica por colocar não apenas o poder decisório nas mãos dos cidadãos, mas também por dar-lhes *responsabilidades* caso surjam erros durante o processo.

---

[21]Um exemplo de constitucionalização da cidadania ativa é trazida por Moro (2002, p. 19). O autor mostra o exemplo da Itália, cuja Constituição, em seu art. 118, traz a seguinte redação: “Estado, Regiões, Cidades metropolitanas, Províncias e Municípios favorecem a *iniciativa autônoma dos cidadãos*, particulares ou associados, para o desenvolvimento de atividades de interesse geral, com base no princípio da *subsidiariedade*” (grifo nosso).

O que se pretende aqui destacar é que a cidadania ativa pressupõe a presença do cidadão no ciclo completo das políticas públicas. Portanto, se por um lado o cidadão precisa ter o direito de participar da definição da agenda, do planejamento, da tomada de decisão, da implementação e da avaliação da política pública, cabe a este cidadão também *assumir as responsabilidades caso as decisões tragam problemas à coletividade*. Considera-se aqui que o estabelecimento de tais responsabilidades é tão importante quanto a possibilidade de participar, sendo este inclusive um mecanismo de maior interação entre o cidadão e a *res publica*. No conceito de cidadania tradicional atual é fácil para o cidadão isentar-se de responsabilidades cívicas: basta dizer que votou no seu representante e que “não pode fazer nada” caso o mesmo não o represente. Esta situação sem dúvida gera o que aqui se chama de *comodismo cívico*, elemento que reforça ainda mais a fragmentação política. Acabar com o comodismo cívico, empoderar o cidadão em sua relação com o Estado e atribuir-lhe – ao cidadão – responsabilidade pelos seus atos na esfera coletiva: é a isso que se refere a cidadania ativa.

Conclusão

Talvez seja possível afirmar que a corrupção seja um fenômeno intrínseco ao ser humano. Para além do pensamento filosófico da Grécia antiga, no qual buscava-se a virtude do homem como mecanismo para o bom governo, a realidade “nua e crua” vislumbrada por pensadores do período moderno, especialmente a partir de Maquiavel, é a de que o ser humano em geral buscará constantemente, em maior ou menor medida, benefícios para si próprio. Para muitos a maneira mais fácil de atingir tais benefícios é por meio da corrupção, seja como agente ativo, seja como agente passivo – e talvez não seja diferente o pensamento daqueles que são escolhidos para governar as sociedades do século XXI.

Nesse contexto, coube ao Estado de direito, posteriormente transformado em Estado democrático de direito, criar limitações para a busca desenfreada pelo poder em qualquer de suas encarnações – ideológico, econômico ou político-coercitivo. Nessa toada, coube ao constitucionalismo, desde sua origem, estabelecer limites legais à ambição humana, ainda que muitas vezes não tenha conseguido atingir eficazmente este objetivo.

Em uma sociedade democrática espera-se não apenas que o poder emane do povo, mas que este possa efetivamente exercê-lo na esfera pública. Nesse sentido, compete ao povo participar da *polis*, ou seja, participar da esfera pública de maneira minimamente interessada, posto que é no espaço público que as divergências podem ser resolvidas. Da mesma maneira, compete ao cidadão ter uma atitude proativa no sentido de evitar que o Estado, este grande *Leviatã*, se utilize dos meios de que dispõe, inclusive ilícitos, para atingir seus objetivos.

Ao se analisar a estrutura jurídico-política da atualidade, percebe-se que o cidadão não dispõe dos mecanismos necessários para exercer um controle minimamente efetivo sobre o Estado. Desta maneira, ainda que existam mecanismos jurídicos disponíveis ao cidadão brasileiro, nomeadamente a *Lei de acesso à informação*, tal mecanismo se mostra como insuficiente para o combate à corrupção, visto que ainda que a *possibilidade* formal seja garantida a todos, na prática pouquíssimos cidadãos têm condições socioeconômicas de questionar o Estado utilizando-se de tal mecanismo.

Resta o voto, que surge como o mecanismo por excelência de controle cidadão em relação ao Estado. Contudo, em sua configuração atual também o voto, visto na prática como o *ápice* do exercício dos direitos políticos dos cidadãos, não consegue combater a corrupção, visto existirem, por um lado, falhas graves na representatividade – vide movimentos nas redes sociais do tipo “o deputado A não me representa” – e, por outro, devido à fragmentação política presentemente existente na sociedade brasileira, que faz com que cada vez mais o cidadão se desinteresse pela esfera pública, em uma espiral descendente que gera e ao mesmo tempo reforça sua apatia pelo que é público.

Como alternativa para a solução deste problema, propôs-se o estabelecimento *constitucional* do conceito de *cidadania ativa*, que pressupõe a participação dos cidadãos em todas as etapas de desenvolvimento de políticas públicas. Desta forma, participando não apenas do ato decisório em si, mas também da própria formulação da agenda, bem como do planejamento e da implementação da política pública, espera-se que o cidadão seja capaz de se identificar cada vez mais com seus próximos, atuando de maneira mais eficaz na esfera pública, o que pode, em última instância, colaborar para a prevenção e o combate à corrupção.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª ed., 4ª reimpr. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BRASIL. Acesso à informação. *Entenda a LAI*. 2015a. Disponível em <http://www.acessoainformacao.gov.br/menu-de-apoio/entenda-a-lai>. Acesso em 12 de março de 2015.

______. EBC. Empresa Brasil de Comunicação. Agência Brasil. *Renda média domiciliar* per capita *do brasileiro é R$ 1.052, diz IBGE*. 26 de fevereiro de 2015. 2015d. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2015-02/rendimento-domiciliar-capita-do-brasileiro-e-de-r-1052-mil-diz-ibge>. Acesso em 12 de março de 2015.

______. e-Sic. Sistema eletrônico do serviço de informação ao cidadão. *Relatório de pedidos de acesso à informação e solicitantes*. 2015b. Disponível em <http://www.acessoainformacao.gov.br/sistema/Relatorios/Anual/RelatorioAnualPedidos.aspx>. Acesso em 11 de março de 2015.

______. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Síntese de Indicadores Sociais*. Uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2014a. Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2014/SIS_2014.pdf>. Acesso em 12 de março de 2015.

______. Presidência da República. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 13 de março de 2015.

______. Presidência da República. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em 12 de março de 2015.

______. Presidência da República.*Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em 11 de março de 2015.

______. Senado Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto consolidado até a Emenda Constitucional no 83 de 05 de agosto de 2014. Brasília: Senado Federal, 2014b. Disponível em <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_26.02.2015/CON1988.pdf>. Acesso em 12 de março de 2015.

______. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas do eleitorado – Quantitativo / Eleitorado*. 2015c. Disponível em <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2014-eleitorado>. Acesso em 12 de março de 2015.

______. Tribunal Superior Eleitoral. *Relatório "Campanha de esclarecimento do TSE para as eleições 2010"*. Novembro de 2010. Disponível em <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/pesquisa-instituto-sensus-sobre-a-justica-eleitoral>. Acesso em 09 de março de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 16ª reimpressão da 7ª edição de 2003. Coimbra: Almedina, 2014.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1999.

ENZWEILER, Romano José. Reflexões acerca do sistema eleitoral brasileiro: a "tragédiademocrática" e o wiki-tesarac. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). *Direito público sem fronteiras*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011. Pág. 135-65. Disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_dp_completo2_isbn.pdf>. Acesso em 09 de março de 2015.

G1. Tecnologia e games. *Número de linhas celulares no Brasil cresce 3,5% em 2014*. 02 de fevereiro de 2015. Disponível em <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/02/numero-de-linhas-celulares-no-brasil-cresce-35-em-2014.html>. Acesso em 12 de março de 2015.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

LIMA JÚNIOR, Asdrubal Nascimento; SILVA, Matheus Passos. Relatório do Projeto "Práticas Investigativas" – semestre 2010.1. Linha de pesquisa: "Corrupção". *Revista Projeção, Direito e Sociedade*. V. 2, nº 2, p. 1-39, agosto de 2011. ISSN 2178-6283. Disponível em <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/view/103/89>. Acesso em 12 de março de 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Vol. II. Tomo III. Estrutura constitucional do estado. Coimbra: Coimbra Editora, 2014a.

______. ______. Vol. II. Tomo IV. Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2014b.

______. ______. Tomo VII. Estrutura constitucional da democracia. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MORO, Giovanni. *Active citizenship as phenomenon and concept*. Paper presented at the International Institute of Sociology Congress, Tel Aviv: 15 July, 1999. Disponível em <http://www.giovannimoro.info/documenti/g.moro%20IIS%2099.pdf>. Acesso em 09 de março de 2015.

______. The citizen's side of governance. *The Journal of Corporate Citizenship*. Issue 7, Autumn 2002, pp. 18-30. Disponível em <http://www.giovannimoro.info/documenti/the%20citizen%27s%20side%20of%20governance.pdf>. Acesso em 09 de março de 2015.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Santos de; RODEGHERI, Letícia Bodanese. Do eleitor *offline* ao cibercidadão *online*: potencialidades de participação popular na Internet. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília. V. 15, nº 107. Out. 2013/Jan. 2014. Pág. 797-822. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/copy3_of_vol-15-n-106-jun-set-2013/menu-vertical/artigos/artigos.2014-01-24.1463816982>. Acesso em 03 de março de 2015.

PASQUINO, Gianfranco. Verbete "corrupção". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale *et al*.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 11ª ed. Brasília: UnB, 1998. P. 291-3.

PRIBERAM. Verbete "corrupção". *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa* [em linha]. Disponível em <http://www.priberam.pt/dlpo/corrup%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 11 de março de 2015.

RIBEIRO, João Sérgio. A debilidade do direito de participação política. *Anuário publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*. Tomo I, Ano de 2012 – Responsabilidade e cidadania. Braga, novembro de 2012. P. 106-27. Disponível em <http://www.direito.uminho.pt/Uploads/FINAL_Responsabilidade%20e%20Cidadania.pdf>. Acesso em 09 Mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª ed. rev. ampl. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

______. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Matheus Passos. *Aprendendo a votar*: noções básicas sobre o funcionamento das eleições no Brasil. Brasília: Vestnik, 2014.

______. As diferentes concepções paradigmáticas de uma constituição e o surgimento da nova hermenêutica constitucional. *Revista Projeção, Direito e Sociedade*. V. 5, nº 2, p. 1-29, dezembro de 2014. ISSN 2178-6283. Disponível em <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/view/409/366> ou em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2551798>. Acesso em 12 de março de 2015.

______. *Relações entre estado e democracia na teoria política contemporânea*. Brasília: Vestnik, 2015.

STOPPINO, Mario. Verbete “poder”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale *et al*.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 11ª ed. Brasília: UnB, 1998. P. 933-43.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.

VELASCO, Clara. Nível de abstenção nas eleições é o mais alto desde 1998. *G1*. Eleição em números. 06 de outubro de 2014. Disponível em <http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2014/blog/eleicao-em-numeros/post/nivel-de-abstencao-nas-eleicoes-e-o-mais-alto-desde-1998.html>. Acesso em 08 de março 2015.

XIMENES, Julia Maurmann. Direito à educação e “empoderamento” das mulheres nas práticas sociais. *Congresso da ABRASD*, 2012, Curitiba. Direito e Cultura, 2012. P. 372-388.

______. *O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAPÍTULO 2

A Ideia de Dignidade entre o Ocidente e as Culturas de Modernidade Recente

Uma macro-comparação da compreensão do Direito à Dignidade nos países do BRICS

Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho[22]

Resumo: Este trabalho tem como tema principal a investigação sobre a ideia de dignidade da pessoa humana na perspectiva da diversidade sócio-cultural das civilizações ocidentais e não-ocidentais emergentes que se somam atualmente ao mundo contemporâneo. O objetivo da pesquisa proposta é o estudo comparativo sobre as diferenças significativas que a ideia de dignidade da pessoa humana assume ao interagir com contextos culturais, históricos e sociais de cada um dos países componentes do BRICS, grupo político das cinco maiores economias emergentes do mundo (grupo formado por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul). Pode-se considerar que a recente formação de um grupo político das cinco maiores economias emergentes, exige por parte da Europa, e por parte do Brasil, uma reflexão sobre os encontros e desencontros dos universos políticos, históricos e culturais, sociais, antropológicos que mantêm uma cosmovisão, ou seja, um macro-compreensão, a respeito dos valores fundamentais orientadores do convívio humano, em cada uma dessas nações. A investigação consistirá em compreender de qual maneira esse discurso institucional, estruturado principalmente na linguagem do Direito, interage com os matizes culturais tradicionais de cada um desses Estados, que será realizada notadamente pelo entrelaçamento de discurso institucional com a linguagem da Religião, Cultura e Filosofia, em cada um desses países.
Palavras-Chave: Dignidade; BRICS; Direitos Humanos e Fundamentais.

Resumen: El presente trabajo tiene como tema fundamental una investigación sobre la idea de dignidad de la persona humana en la perspectiva de la diversidad sociocultural de las civilizaciones occidentales y no occidentales emergentes que se asoman actualmente al mundo contemporáneo. El objeto de la investigación propuesta es el estudio comparativo a respecto de las diferencias significativas que la idea de dignidad de la persona humana asume en la interacción con los contextos culturales, históricos y sociales de cada uno de los países componentes del BRICS, grupo político de las cinco más grandes economías emergentes del mundo (grupo formado por Brasil, Rusia, India, China y África del Sur). Se puede considerar que la reciente formación de un grupo político de las cinco más grandes economías emergentes del mundo, exige por parte de Europa, y por parte de Brasil, una reflexión sobre los encuentros y desencuentros de los universos sociales, antropológico, político, histórico y cultural que mantienen, una cosmovisión, es decir, una

---

[22] Doutoranda em Cidadania e Direitos Humanos pela Universidad de Barcelona (UB- España); Mestre em Filosofia Política pela Universidade Federal de Goiás (UFG- Brasil); Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS).

macrocomprensión, a respecto de los valores fundamentales orientadores del convivio humano, en cada una de esas naciones. La investigación consistirá en comprender de qué forma ese discurso institucional, estructurado sobretodo en el lenguaje del Derecho, interactúa con los matices culturales tradicionales de cada uno de esos Estados, lo que será realizado notadamente por el entrecruce del discurso institucional con el lenguaje de la Religión, de la Cultura y de la Filosofía, en cada uno de esos países.
Palabras- Clave: Dignidad; BRICS; Derechos Humanos y Fundamentales.

O presente trabalho tem como mote fundamental uma investigação sobre a idéia de dignidade da pessoa humana na perspectiva da diversidade sócio-cultural das civilizações ocidentais e não-ocidentais emergentes que despontam atualmente no mundo contemporâneo.

Pode-se considerar que a recente formação de um grupo político das cinco maiores economias emergentes dos mundo, o BRICS (grupo formado por Brasil, Russia, India, China e África do Sul), exige por parte da Europa, e por parte do próprio Brasil, uma reflexão sobre os encontros e desencontros dos universos social, antrolológico, político, histórico e cultural que sustentam, uma mundivisão, ou seja, uma macro-compreensão, acerca dos valores fundamentais norteadores do convício humano, em cada uma dessas nações. Em cada uma delas, a interação das respectivas culturas tradicionais com a cultura ocidental, nos diferentes ciclos históricos de globalização ocidentalizante, desde as primeiras grandes navegações européias, ocorreu de modos singulares, produzindo complexos significacionais diferenciados acerca do Estado e seu papel na organização do convívio.

Tendo sua criação oficial iniciada em junho de 2009, na chamada cúpula de Ecaterimburgo, os BRICS: Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul (inserida posteriormente) formam o grupo dos países emergentes, ou seja, de desenvolvimento tardio. A união entre esses países pode ser considerada mais como um diálogo comum entre grandes potencias que tem um potencial de desenvolvimento muito maior do que os demais, mas que, no entanto, ainda possuem graves problemas internos, tais como, a desigualdade social e a infraestrutura que devem buscar serem superados, como reto, por essas potencias emergentes.

Cada um desses países possui histórias, concepções de vida, de política e de religião diferentes, e poder criar um diálogo de cooperação e ajuda no âmbito internacional, através da interação de ambas as culturas poderia se tornar algo muito

rico para o desenvolvimento das relações enquanto grupo,mas também poderiam aportar sérios problemas que tornaria difíceis tais relações.

Grande demonstração dessa ideia se baseia no fato de que este grupo, tal como outros, se inicia travando um diálogo sobre questões eminentemente econômicas, más quando nos aprofundamos um pouco mais e saímos do meramente econômico e passamos a questões de maior complexidade cultural, podemos ver que temos que levar a sério o peso da diversidade cultural de ambos os envolvidos[23].

A atual globalização, aceleradora e uniformizadora dos processos produtivos e tecnológicos, tornou por demais próximos e compartilhados os problemas das nações européias e os das nações emergentes, mesmo que estas venham a encarar de maneiras diferentes esses problemas. Ademais, os países dos BRICS possuem problemas próprios, compartilhados por eles; frutos, sobretudo, da modernidade recente que compartilham. Tais questões os orientam no sentido de buscar compartilhar estratégias de solução e encaminhamento do desenvolvimento sócio-econômico em andamento.

Não obstante essa proximidade quanto aos problemas sócio-econômicos atuais, ocorre que, quanto à temática central do discurso político ocidental contemporâneo, a saber, o desafio da efetivação da Dignidade da Pessoal Humana e do complexo de direitos fundamentais a ela inerentes, os países do BRICS não só se encontram, mas também se desencontram. Se encontram porque, em princípio, assumem discursivamente que os direitos fundamentais do Homem são o fundamento constitucional dos respectivos Estados. Porém, se desencontram, ao compreenderem e valorarem diferentemente esses direitos, bem como ao possuírem ações concretas muito diferentes em relação a eles.

Uma das tendências marcantes do pensamento ocidental moderno é a convicção generalizada de que o verdadeiro fundamento de legitimação e validade do Estado de Direito, e dos direitos humanos em particular, não deve ser procurado na esfera sobrenatural da revelação religiosa, nem tampouco numa abstração metafísica como essência imutável de todos os entes no mundo (*cf*. COMPARATO, 2012, p. 8). Se os Direitos Humanos são uma criação humana, significa, para o ocidente, dizer

---

[23] Um exemplo dessa difícil tarefa foi sem dúvida a criação do Banco de Desenvolvimento do BRICS, que terá também por escopo a promoção do desenvolvimento sustentável dentro deste grupo.

que o seu fundamento não é outro senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais seriam secundárias (SARLET, 2010, p. 97). Não obstante, não se pode olvidar da historicidade inerente à existencialidade dinâmica desses direitos (*cf.* PINTO COELHO, 2012, *passim*)

Como se sabe, "o Ocidente nunca consegui não ser universalista" (HORTA, 2011, p. 246). Um exemplo claro dessa vocação é a proclamação de que os direitos humanos, engendrados pelo Ocidente, são universais[24]. Ocorre que o modo como esse universal vem se realizando na particularidade e na singularidade de cada cultura e nacionalidade produz diferenciações de compreensão do que seja o complexo significacional norteador do Estado de Direito em cada qual desses países, produzindo também compreensões e pesos diversos para o que seja a Dignidade da Pessoa Humana e seu papel no processo político-social. No caso dos países do BRICS, compreender essas diferenças parece ser uma tarefa indispensável, para que se possam compreender as potencialidades e as dificuldades desse bloco político internacional emergente. Para o Brasil, especificamente, compreender de forma organizada e sistematizada essas diferenças quanto à compreensão do que seja a *dignidade como valor fundante* ajudará nosso País, que é cada vez mais comprometido com esse valor, do ponto de vista do discurso constitucional concreto, a posicionar-se melhor no contexto desse Bloco.

Tendo em vista as insuficiências do discurso universalista dos direitos humanos, sobretudo no que diz respeito aos descompassos entre a globalização da economia e a globalização da justiça social (SALGADO, 2004, p. 72), a pesquisa tem como objeto a compreensão da forma como se deu a recepção da idéia ocidental de Dignidade pelas civilizações componentes do BRICS. Em outras palavras, pretende-se, numa perspectiva *culturalista* e *macrofilosofica*, comparar a visão das civilizações representadas por esses países a respeito dessa noção tão cara ao Ocidente, que é a noção de dignidade.

---

[24] A ideia de universalização dos direitos humanos foi levada a cabo com a criação, primeiro, da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e, depois, de uma Carta de Direitos aplicável a todas as gentes: a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 (*cf.* HORTA, 2011. p. 245). Não obstante não são raras as críticas no sentido de que trata-se de uma Declaração de valores-princípios ocidentais, construída por ocidentais, em que pese a participação, formal, de países de outras matrizes cultuais.

Tendo em vista que os direitos são *o resultado da processualidade histórica da cultura*, ter-se-á as especificidades culturais de cada civilização componentes do BRICS como um contraponto construtivo do sentido específico que cada um desses Estados atribui à idéia de Dignidade.

Fruto da cultura ocidental, a ideia de dignidade humana só vem a florescer na Modernidade, em que pesem todas as contribuições imprescindíveis anteriores. É a partir do pensamento de Immanuel Kant[25], que pensadores e juristas dos países que se mostram mais receptivos à noção de dignidade humana identificam as bases de sua fundamentação e, de certa forma, de sua conceituação (*cf*. SALGADO, 2011, p. 14-15). Não são raros no contexto europeu-brasileiro, estudos consolidados por eminentes pensadores acerca da temática da dignidade humana como macro-direito, ou valor fundante do Estado de Direito[26].

É certo que a concepção kantiana de dignidade humana merece e vem sendo atualizada em diversos aspectos[27]. As discussões sobre os contornos atuais da ideia de dignidade humana caminham continuamente. A despeito de constantemente se partir de Kant, o debate atual tem ultrapassado as ideias desse que é tido como "o

---

[25] O conceito kantiano segundo o qual todo ser racional deve considerar-se como legislador universal, para, deste ponto de vista, se julgar a si mesmo e às suas ações, leva, sempre segundo o filósofo, a um conceito que lhe anda aderente: o de *reino dos fins*. Seres racionais estão, pois, submetidos a uma lei que ordena a cada um deles jamais se tratar, a si mesmo ou aos outros, *simplesmente como meios*, mas sempre e *simultaneamente como fins em si*.Nesse reino dos fins, cada máxima de vontade concebida como legisladora universal é relacionada pela razão com todas as outras vontades e com todas as ações para consigo mesmo em virtude da ideia de *dignidade* de um ser racional, o qual não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente se dá. Em fórmula consagrada, afirma o filósofo alemão que, no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade. Tem-se, com isso, que a pessoa humana, enquanto ser racional que é, existe como fim em si mesma, não tendo somente um valor relativo, um preço: sua existência possui em si mesma um valor absoluto, um valor íntimo – possui dignidade. Cf. KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p. 78-82.

[26] Por exemplo: na Alemanha, Häberle (2005, p. 89-152); na Itália Becchi (2010, p. 2 *et seq*.); em Portugal, Miranda (2009. p. 167-176); e no Brasil, Comparato (2001. p. 20-25), Silva (2000. p. 144-149), Sarlet (2010, p. 31 *et seq*.), Barroso (2010, p. 16-19), bem como ROCHA (2010, p. 3 *et seq*.).

[27] Paolo Becchi, por exemplo, assevera que a ideia de dignidade humana, que proíbe reduzir a pessoa à coisa, não permite compreender situações em que a própria tentativa de reparação jurisdicional da lesão à dignidade pode produzir nova lesão, na medida em que a vítima pode sentir-se ofendida no respeito de si mesma se a sua auto-representação for colocada publicamente em discussão. Para o autor, um homem pode ser realmente lesado na sua dignidade todas as vezes que um comportamento externo é capaz de feri-lo no respeito que ele próprio tem de si, na medida em que haja intromissão no âmbito totalmente privado da auto-representação (BECCHI, 2010, p. 6). Destacam-se, ainda, as observações de Ingo Sarlet e Thiago Fensterseifer (2008, p. 180-1), que, temperando o excessivo caráter *apriorístico* da concepção kantiana, defendem haver uma lógica histórica nas dimensões da dignidade humana, as quais podem ser compreendidas a partir de uma perspectiva da transformação dos direitos humanos fundamentais, já que esses, em larga medida, simbolizam a própria materialização da dignidade humana em cada etapa histórica e em cada âmbito cultural.

filósofo mais importante da Ilustração e, quiçá, de toda a modernidade” (MAYOS, 2012, p. 2)

A relevância de se saber como a dignidade humana é vista em outras civilizações, que não a ocidental, advém de dois fatos que se relacionam entre si: a) ser a dignidade humana uma noção intrinsecamente universalista, porém com existencialidade somente compreendida numa perspectiva culturalista e historicista; e b) o objetivo de universalização dos direitos humanos como desafio da comunidade internacional num contexto multiculturalista. Para que esse projeto universalizante tenha sustentação é imprescindível conhecer o modo como os povos emergentes compreendem o núcleo desses direitos (a dignidade) e o projeto próprio de expansão da efetividade desses direitos em suas respectivas relações sociais. Em outras palavras, é necessário saber se esse destaque concedido à pessoa humana, que faz dela fim de toda e qualquer instituição política, encontra de fato eco nessas civilizações; e de que modo ecoa nessas civilizações.

Os direitos do homem, bastião máximo dos valores ocidentais, os quais, dentro do imaginário civilizacional que os produziu, se apresentam como realizações universais, relativizam-se diante de perspectivas culturais construídas sob categorias e valores radicalmente diversos e sob um passivo de desigualdade social historicamente maior (*cf*. PINTO COELHO, 2010, 99-115). Contudo, deve-se ter em mente que o reconhecimento do caráter multicultural da pluralidade e diversidade no mundo atual não pode resultar, a pretexto de se respeitar a alteridade, numa relativização total e absoluta dos direitos fundamentais da pessoa humana (PEDRA; PINTO COELHO, 2010, *passim*). Norbert Rouland propõe a proscrição de duas atitudes por ele vistas como extremas. A primeira consiste em simplesmente se renunciar à noção ocidental de direitos do homem em vista de sua modernidade e de seu caráter relativo; a segunda é a transformação de tal noção no padrão universal de medida dos direitos do homem em outras culturas. Segundo o autor, aquela atitude deve ser afastada em virtude dos diversos acontecimentos ocorridos recentemente, tanto na Europa como em outros lugares, que mostraram com evidência que a noção ocidental de direitos humanos pode ser um instrumento hábil a libertar os povos da servidão. Já a segunda atitude não deveria ser sustentada pelo fato de outras culturas terem inventado outros mecanismos de proteção, diferentes dos desenvolvidos pelo Ocidente, e que, além de não serem infamantes, podem servir-lhe como fonte de

inspiração (ROULAND, 2008, p. 271). O caminho, então, nos parece ser o de re-significar, numa perspectiva dialogal e multicultural, o conceito de dignidade humana e direitos humanos, de modo a dotar-lhes de abertura para a identificação das outras culturas [28] com esse macro-fundamento do convívio no mundo contemporâneo.

O estudo comparado que ora se pretende desenvolver proporciona uma melhor compreensão dos complexo político-social e institucional dos povos estrangeiros hoje identificados com o Brasil na condição de maiores economias mundiais emergentes, possibilitando maior clareza e discernimento nas relações internacionais entre os BRICS.

Se tomarmos por base a classificação de Samuel Huntington (1997, p 50-4) conjugada com os estudos comparativistas de René David (2002, p. 9 *et seq.*), os países do BRICS, derivam cada qual de uma civilização não-europeia: a oriental (China), a hindu (Índia), a ortodoxa (Rússia), a africana (África do Sul) e a latino-americana (Brasil).

Há inequívoca demanda, no Ocidente e especialmente no Brasil, por fontes de referência acerca dos marcos institucionais de parceiros internacionais pertencentes a civilizações distintas, tais como China, Índia e Rússia e África do Sul. Os BRICS apresentam peso político e econômico consideráveis na atual conjuntura internacional. A fluidez do diálogo e o desenvolvimento da cooperação não podem prescindir de um conhecimento das realidades culturais com as quais se está a tratar.

A importância de trabalhos como o aqui proposto emerge do desvelamento da realidade socio-cultural de países com ligações institucionais cada vez mais estreitas com o Brasil e com a Europa, contemplando um tema caríssimo à atual agenda internacional: o respeito e a proteção aos direitos humanos. Tem-se, ademais, que, seus resultados poderão contribuir, em consonância com a orientação de Norbert Rouland acima referida, com o aperfeiçoamento plurilateral da própria ideia

---

[28] Adota-se aqui a distinção, muitas vezes negligenciada, entre os termos *cultura* e *civilização*. Enquanto *civilização* alberga a noção de sofisticação e de complexidade social, em contraste com formas sociais rudimentares, quando se está tratar de *cultura* tal seletividade não ocorre. Tem-se, por exemplo, que, assim como o conjunto de atributos e produtos da sociedade parisiense compõem uma determinada cultura, o conjunto de atributos e produtos de uma tribo indígena amazônica, grupo organizado sob forma social rudimentar, também são aptos a comporem uma cultura (*cf.* HORTA; RAMOS, 2009, p. 235-264).

de Dignidade Humana, premissa fundamental para a tão ansiada universalização dialogal dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Eric. *Direito comparado*. Trad. Fernando Couto. Porto: Resjuridica, s/d.

ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Elementos de introdução geral ao estudo comparado de direito. Trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre: Fabris, 1980.

ATTIE FILHO, Miguel. *Falsafa*. A filosofia entre os árabes, uma herança esquecida. São Paulo: Palas Athena, 2002.

BADERIN, Mashood A. *International human rights and islamic law*. Oxford: University Press, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeo., dez. 2010.

BAUMANN, Renato (org.) *O Brasil e os demais BRICs*. Comércio e Política. Brasília: CEPAL. Escritório no Brasil/IPEA, 2010.

BECCHI, Paolo. O princípio da dignidade humana. Trad. Guilherme Genro. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, MG, ano 2, n. 7, jul./set. 2008.

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Fundamentos de um *ethos* de liberdade universal. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

BRAUDEL, Fernand. *Gramática das civilizações*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder.*A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. -. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. *Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo* (USP), 1997. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/iea/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2012.

DALACOURA, Katerina. *Islam, liberalism et human rights*. 2nd. ed. London: L.B. Tauris, 2003.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4.ed. -. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*. 3. ed. -. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. -. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GLENSY, Rex D.. The right to dignity. *Columbia Human Rights Law Review*, New York, NY, mar. 2011.

GUEDES, Armando Marques. *O estudo dos sistemas jurídicos africanos*. Coimbra: Almedina, 2004.

GUTIÉRREZ-GUTIÉRREZ, Ignácio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.* Trad. Ingo Wolfgang Sarlet; Pedro Scherer de Melo Aleixo; Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-152.

HÄBERLE, Peter. A humanidade como valor básico do estado constitucional. Trad. Cláudio Molz e Tito L. C. Romão. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 53-66.

HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

HENRIQUES, Antônio. *Iniciação ao orientalismo*. Rio de Janeiro: Nova Era, 2000.

HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*. São Paulo: Alameda, 2011.

HORTA, José Luiz Borges; RAMOS, Marcelo Maciel. Entre as veredas da cultura e da civilização. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, SP, ano 58, n. 233, jul./dez. 2009, p. 235-264.

HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações*; e a recomposição da ordem mundial. Trad. M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

HUNTINGTON, Samuel P. *Who are we?*New York: Simon & Schuster, 2004.

JACKSON, Vicki. Constitutional dialogue and human dignity: states and transnational constitutional discourse. *Montana Law Review*, v. 65, p. 15-40, 2004.

KAHN, J. S. (org.). *El concepto de cultura: textos fundamentales*. Trad. José R. Llobera, Antonio Desmonts y Manuel Uría. Barcelona: Anagrama, 1975.

KAMALI, Mohammad Hashim. *The dignity of man*: an Islamic perspective. Cambridge: Islamic Texts Society, 2002.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Trad. Marco Antônio Zingano. Porto Alegre: LP&M, 1989.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008.

KANT, Immanuel. *La metafísica de los costumes*. Trad. Adela C. Orts e Jesus C. Sancho. 2. ed. -. Madrid: Tecnos, 1994.

KROEBER, A. L.; KLUCKHOHON, Clyde. *Culture: a critical review of conceps and definitions*. New York: Vintage Books, 1952.

LALOUP, Jean; NÉLIS, Jean. *Cultura e civilização*. Iniciação ao humanismo histórico. Trad. Sabino Ferreira Affonso. São Paulo: Herder, 1966.

LAQUEUR, Walter. *Os últimos dias da Europa*. Epitáfio para um velho continente. Trad. André Pereira da Consta. Rio de Janeiro: Odisséia, 2007.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio. *Antropologia filosófica I*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1993.

LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *La dignidad de la persona desde la filosofia del derecho*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003.

MAYOS, Gonçal. *A maturidade do idealismo*. Trad. José Luiz Borges Horta. Disponível em: <http://www.ub.edu/histofilosofia/gmayos/PDF/MaturidaIdealismoPort.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2012.

MAYOS, Gonçal. *Ilustración y Romanticismo*; Introducción a la polémica entre Kant y Herder. Barcelona: Editorial Herder, 2004.

MAYOS, Gonçal. *Macrofilosofia de la Modernidad*. Rota, Libro, 2012

MAYOS, Gonçal. *Macrofilosofia de la Globalización y Del Pensamiento Único*. Una macroanálisis para lo empoderamiento. Madrid, Editorial Académica Española, 2012.

MAYOS, Gonçal. *O criticismo kantiano*. Trad. Ricardo Henrique Carvalho Salgado e João Paulo Medeiros Araújo. Disponível em: <http://www.ub.edu/histofilosofia/gmayos/PDF/Criticismo%20portugues.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2012.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (org.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. -. São Paulo: Quartier Latim, 2009.

MIRANDOLA, Pico della. *Discurso sobre la dignidad del hombre*. Trad. António Tulián. Buenos Aires: Longseller, 2003.

NASCIMENTO, Luiz Sales do. *Direito Constitucional comparado*. Pressupostos teóricos e princípios gerais. São Paulo: Verbatim, 2011.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PÉREZ, Jesús González. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. Valor e atualidade da busca por um conceito crítico-reflexivo e histórico-especulativo para o Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, v. 34, n. 1, jan./jun. 2010, p. 98-115.

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira; PEDRA, Caio Benevides. Direitos Humanos entre Discurso, Ideologias e Multiculturalismo: a plurivocidade semântica dos

direitos fundamentais, a necessidade de crítica democrática permanente e o risco da reviravolta autoritária. *Anais do VI Encontro da Associação Nacional de Direitos Humanos* - Pesquisa e Pós-Graduação, Brasília, 2010.

REALE, Miguel. *Experiênciae Cultura*. Campinas: Bookseller, 2000.

RECASENS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofia del derecho*. 17. ed. -. México: Porrúa, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *Interesse Público*, Belo Horizonte, MG, n. 4, ano 1, out/dez. 1999. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51781>. Acesso em: 8 mar. 2010.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Antropologia jurídica na modernidade. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SALDANHA, Nélson Nogueira. *Historicismo e culturalismo*. Rio de Janeiro, Recife: Tempo Brasileiro, Fundação do Patrimônio Histórico e Artístico de Pernambuco, 1986.

SALGADO, Joaquim Carlos. Globalização e Justiça Universal Concreta. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*,Belo Horizonte, MG, v. 89, 2004.

SALGADO, Karine. *A filosofia da dignidade humana*. Por que a essência não chegou ao conceito? Belo Horizonte: Mandamentos, 2011.

SALGADO, Karine. Os Direitos Humanos no islã. *Meritum* (FUMEC), Belo Horizonte, MG, v. 3, n. 2, jul./dez. 2008, p. 353-374.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. -. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade – ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.* Trad. Ingo Wolfgang Sarlet; Pedro Scherer de Melo Aleixo; Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MOLINARO, Carlos Alberto; MEDEIROS, Fernanda Luiza; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago (org.). *A dignidade da vida e os direitos fundamentais*

para além dos humanos: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 175-205.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 144-149.

SPENGLER, Oswald. *A decadência do ocidente*. Trad. Herbert Caro. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

TOYNBEE, Arnold Joseph. *Estudos de história contemporânea*.A civilização posta a prova [e] O mundo e o Ocidente. 4. ed. -. São Paulo, Brasília: Ed. Nacional; Universidade de Brasilia, 1976.

WEISSTUB, David. Honor, dignity, and the framing of multiculturalist values. In: KRETZMER, David; KLEIN, Eckart (ed.). *the concept of human dignity in human rights discourse*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. p. 263-294.

XAVIER, Vítor César Silva. *Condição, Dignidade e Direitos Humanos: a perspectiva tomista.* Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2005. [Dissertação de Mestrado].

ZIMMER, Heinrich. *Filosofias da Índia*. Trad. Nilton Almeida Silva e Cláudia Giovani Bozza. 2. ed. -. São Paulo: Palas Athena, 2003.

CAPÍTULO 3

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO, FATORES PSICOSSOCIAIS E O DIREITO LUSO-BRASILEIRO

Francisco Milton Araújo Junior[29]

Guilherme Guimarães Feliciano[30]

Resumo:As mudanças no mundo do trabalho contemporâneo, com a implementação das novas formas de gerência e gestão, disseminação das novas tecnologias da informação, a intensificação da flexibilização dos contratos de trabalho, as alterações das características dos espaços de trabalho e as intermináveis crises econômicas, têm gerado repercussões diferenciadas na saúde do trabalhador, especialmente considerando a elevação cada vez maior do esforço psíquico do trabalhador, o que também tem propicia o aumento das potencialidades dos fatores psicossociais causarem prejuízo à saúde do trabalhador. Nesse contexto, o presente artigo se propõe a realizar uma releitura da definição de meio ambiente do trabalho, como também analisar os fatores psicossociais presentes nas relações laborais e cotejá-los na órbita da tutela jurídica luso-brasileira a luz dos direitos fundamentais. Após a análise da evolução das relações sócio laborais, são fixadas conclusões a respeito da compreensão dinâmica do meio ambiente de trabalho na sociedade contemporânea, os fatores psicossociais e a respectiva tutela jurídica luso-brasileira a luz dos direitos fundamentais.
Palavras-chave: meio ambiente do trabalho; fator psicossocial; tutela jurídica.

Abstract:The changes in the world of contemporary work, with the implementationof new forms of administration and management, dissemination of new information technologies, the increased flexibility of labor contracts, changes in the characteristics of workspaces and endless economic crisis, have generated differentiated impact on workers'health, especially considering the increasing elevation of the psychic worker effort, which has also favors an increase of the potential of psychosocial factors causing injury to workers' health. In this context, this paper set out to conduct a rereading of the definition of the working environment, but also analyze the social factors present in labor relations and compare them in the context of Luso-Brazilian legal protection in the light of fundamental rights. After the analysis of the evolution of social labor relations, conclusions are set about the dynamic understanding of the working environment in

---

[29]Juiz do Trabalho Titular da 5ª Vara do Trabalho de Macapá/AP. Doutorando em Segurança e Saúde Ocupacional pela Universidade do Porto, Portugal. Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Pará. Especialista em Higiene Ocupacional pela Universidade de São Paulo — USP. Professor das disciplinas de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Faculdade SEAMA/AP e colaborador da Escola Judicial do TRT da 8ª Região — EJUD8.

[30]Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Doutor em Direito Penal e Livre-Docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo. Ex-Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região (AMATRA XV) (gestão 2011-2013). Diretor de Prerrogativas da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) (gestão 2013-2015).

contemporary society, psychosocial factors and their luso-brazilian legal protection in the light of fundamental rights.
Keywords: work environment; psychosocial factor; legal protection.

1 – Considerações Iniciais.

As relações sociais, os relacionamentos familiares, as atividades produtivas, o ativismo político, dentre um vasto leque de manifestações individuais e/ou coletivas contemporâneas, passam por constante metamorfose em face da volatilidade das informações que permeia a sociedade digital.

Todas essas mutações, talvez inimagináveis num momento histórico não muito distante do atual, proporcionam repercussões na vida social e reflexos diretos na tutela jurídica.

A notícia do Jornal Estado de São Paulo, do dia 15 de novembro de 2013, com o título "Precisa de um descanso da internet? Cresce nos Estados Unidos número de hotéis especializados em desintoxicação digital"[31] parece repleta de exageros, pois como pressupor que uma pessoa, para conseguir utilizar do direito de se desconectar da internet, ou seja, desconectar-se do seu smartphone, laptop, PC ou tablet precise se hospedar em um hotel especializado em "desintoxicação digital".

A matéria explica que nessa "dieta digital", os hospedes "caminham, nadam e praticam ioga num esforço deliberado para restabelecer algum equilíbrio nas suas vidas, após terem ido longe demais nos atos de navegar no mundo digital".

Para os usuários incontroláveis da internet, que não conseguem parar de acessar emails, blogs ou sites em geral, já existem programas, como o Freedom, que bloqueia o acesso à internet no seu computador por até oito horas, ou o SelfControl, permite bloqueia websites específicos por 24 horas[32].

Todo esse arcabouço tecnológico se insere também no mundo do trabalho, seja transformando, suprimindoou mesmo extinguindo determinadas atividades profissionais.

---

31 Fonte: <http://m.estadao.com.br/noticias/impresso,precisa-de-um-descanso-da-internet,1096942,0.htm>. Acesso em: 03.03.2015.
32 Fonte: <http://www.baixaki.com.br/mac/download/freedom.htm>. Acesso em: 03.03.2015.

Nesse aspecto, cabe destacar que o trabalho, como importante mecanismo de integração social, constitui-se na principal forma de subsistência da população economicamente ativa e ocupa importante aspecto no desenvolvimento das habilidades, potencialidades e realizações humanas, devendo, portanto, assegurar as condições plenas de saúde aos trabalhadores.

A Organização Mundial de Saúde, que define saúde como o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de doença (WHO, 1946), demonstra de maneira satisfatória a necessidade de compreender a saúde humana integrada aos aspetos fisiológicos, psicológicos e sociais, na qual se inclui o ambiente de trabalho e o próprio trabalhador.

Apesar das possibilidades do efeito benéfico do trabalho no desenvolvimento das potencialidades pessoais do trabalhador e da necessidade da promoção da saúde no ambiente de trabalho, verifica-se que as mudanças no mundo do trabalho contemporâneo, com a implementação das novas formas de gerência e gestão, disseminação das novas tecnologias da informação, a intensificação da flexibilização dos contratos de trabalho, as alterações das características dos espaços de trabalho e as intermináveis crises econômicas, têm gerado repercussões diferenciadas na saúde do trabalhador, especialmente considerando a elevação cada vez maior do esforço psíquico do trabalhador, o que também tem propicia o aumentodas potencialidades dos fatores psicossociais causarem prejuízo à saúde do trabalhador.

Dentro dessa análise da sociedade do *e-trabalho,* pode-se melhor compreender a morte do alemão Moritz Erhardt no dia 15 de agosto de 2013, estagiário de 21 anos do Bank of America-Merril Lynch, em Londres, que de acordo com o jornal britânico "The Independent", estava praticamente sem dormir há três dias conectado nas atividades profissionais[33].

Os trabalhadores, agora livres do confinamento estático das paredes das empresas, são controlados e sufocados pela massacrante difusão do controle digital, comprometendo o seu bem-estar físico e mental.

---

[33] Fonte: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/08/1329403-estagiario-de-banco-morre-apos-trabalhar-tres-dias-seguidos.shtml>. Acesso em: 03.03.2015.

Os dados estatísticos do Instituto Nacional de Segurança e Saúde Ocupacional (NIOSH), agência reguladora do Departamento do Trabalho dos EUA, especifica que 40% dos trabalhadores relataram que seu trabalho era muito ou extremamente estressante e 25% reconhecem em seus trabalhos pelo menos um agente estressor em suas vidas (NIOSH, 1999).

Na Europa, 25% dos trabalhadores dizem experimentar o stress relacionado com o trabalho todos os dias ou a maioria de seu tempo de trabalho, e uma proporção semelhante relata que o trabalho afeta negativamente a sua saúde e os fatores psicossociais contribuem para estes efeitos adversos de trabalho (Eurofound e UE-OSHA, 2014).

No Brasil, os dados estatísticos de 2013 do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) indicam que os transtornos mentais, como o estresse e a depressão, afastam do trabalho mais de 200mil pessoas por ano no Brasil, de modo que os gastos com auxílio-doença e aposentadoria ultrapassaram 4 (quatro) bilhões de reais[34].

O trabalho, como meio de materialização de conquistas pessoais, tem se tornado para muitos motivo de dor, sofrimento e desestruturação familiar, seja por provocar sequelas de ordem física e/ou psicológicas no trabalhador, seja por propiciar a inatividade precoce ou mesmo o próprio óbito do trabalhador.

Em meio a essa dramática realidade, aflora a busca de mecanismos para tornar o habitat laboral mais hígido, seguro e saudável a partir da efetividade das garantias constitucionais.

Nessa perspectiva, propõe-se no presente artigo realizar uma releitura da definição de meio ambiente do trabalha, como também analisar os fatores psicossociais presentes nas relações laborais e cotejá-los na órbita da tutela jurídica luso-brasileira a luz dos direitos fundamentais.

---

34 Fonte: <http://www.previdencia.gov.br/estatisticas/>. Acesso em: 03.03.2015.

2 – Releitura do Meio Ambiente do Trabalho.

O termo “meio ambiente”, como conceito jurídico indeterminado, permite aos operadores do direito o preenchimento do seu conteúdo a partir da compreensão sistémica dos valores axiológicos do ordenamento.

Nesse sentido, a legislação infraconstitucional brasileira, ao considerar como conceito jurídico indeterminado, define, de forma ampla, meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, inciso I, da Lei n. 6.938/81).

A legislação infraconstitucional portuguesa, seguindo a mesma sistemática de conceito jurídico indeterminado de ambiente, também define, de forma ampla, como “o conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações e dos factores económicos, sociais e culturais com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem” (art. 5º, 2, alínea “a”, da Lei n.º 11/87, de 07 de Abril - Lei de Bases do Ambiente).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou como direito fundamental o meio ambiente ecologicamente equilibrado, que passou a ser reconhecido como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, a teor do art. 225, *caput*, Constituição Federal.

Observa-se que a Carta Republicana de 1988, ao proceder a vinculação dos conceitos de meio ambiente e qualidade de vida, estabeleceu dois objetos da tutela ambiental que José Afonso da Silva identifica como “imediato, que é a qualidade do meio ambiente, e outro mediato, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que se vêm sintetizando na expressão qualidade de vida” (SILVA, 2010, p. 81).

Em Portugal, a Constituição Republicana de 1976 já estabelecia o reconhecimento constitucional dos direitos e deveres ambientais, inclusive, ainda na sua versão inicial, consagrou a proteção constitucional do ambiente e atribuiu ao Estado o dever de "promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais" e "proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a

natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território" (art. 9, alíneas "d" e "e").

Nesse sentido da coerente vinculação dos conceitos de meio ambiente e qualidade de vida, destaca-se a definição de meio ambiente de José Afonso da Silva que estabelece como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”(SILVA, 2010, p. 81).

Ainda que a compreensão do meio ambiente ecologicamente equilibrado deva ser estabelecida de forma integrada, didaticamente a doutrina[35] tem subdividido meio ambiente em: meio ambiente natural; meio ambiente artificial; meio ambiente cultural; meio ambiente do trabalho.

Restringindo-se à análise do meio ambiente do trabalho, verifica-se que sua definição envolveu, no mínimo, 03 (três) aspectos controvertidos, quais sejam: identificação dos partícipes (trabalhador empregados, autônomo, voluntário, servidores estatutários, dentre outros), delimitação espacial (estático ou dinâmico) e fixação do objeto (bem tutelado).

Sobre a identificação dos partícipes, verifica-se que as constantes transformações socioeconômicas vêm proporcionando intensas modificações nas relações laborais, tais como a elevação no índice de desempregados, crescimento do número de trabalhadores informais e o aumento do número de contratos que não se confundem com a relação empregatícia, inclusive no âmbito da economia familiar e na área assistencial (trabalho voluntário).

Compulsando o ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que não existe qualquer norma que delimite o empregado como único beneficiário das normas pertinentes ao meio ambiente do trabalho.

A Constituição Federal do Brasil, ao fixar os princípios e garantias fundamentais, resguarda, de forma inquestionável, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), os valores sociais do trabalho (art. 1º, inciso IV) e a promoção da igualdade de oportunidades (art. 3º, inciso IV), bem como reconhece,

---

35 Ver, a respeito, José Afonso da Silva (SILVA, 2010, p. 19/22) e Celso Antônio Pacheco Fiorillo (FIORILLO, 2012, p. 76/83).

dentre os seus “valores supremos”, a garantia da segurança e do bem-estar de todos os membros da sociedade (Preâmbulo).

A norma constitucional brasileira também preceitua, dentre os direitos mínimos do trabalhador, “os direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança” (art. 6º., caput) e “redução dos riscos inerentes ao trabalho” (art. 7º, inciso XXII), cabendo ao Poder Público e à coletividade (trabalhadores, empreendimentos econômicos e a sociedade em geral) defender o ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado (art. 225).

Analisando as normas portuguesas, verifica-se que, ao estabelecer a “Protecção em Matéria de Segurança e Saúde no Trabalho” no art. 222, do Código do Trabalho, fixa que a garantia do labor seguro e saudável estende-se, genericamente, a todo e qualquer trabalhador, como também se constata que o art. 4º, do Anexo da Lei nº 3/2014, do Regime Jurídico de Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho, reconhece como beneficiários o “trabalhador - pessoa singular que, mediante retribuição, se obriga a prestar serviço a um empregador e, bem assim, o tirocinante, o estagiário, o aprendiz e os que estejam na dependência económica do empregador em razão dos meios de trabalho e do resultado da sua atividade, embora não titulares de uma relação jurídica de emprego” (alínea “a”) e o “trabalhador independente - pessoa singular que exerce uma atividade por conta própria” (alínea “b”).

Nesse contexto jurídico luso-brasileira, entende-se que a tutela do meio ambiente do trabalho não se limita à relação empregatícia, estendendo-se a todo e qualquer tipo de trabalhador, independentemente da relação jurídica existente.

Partindo para a análise da segunda controvérsia atinente à definição de meio ambiente de trabalhou, ou seja, à delimitação espacial (estático ou dinâmico), verifica-se que a concepção estática foi adotada por Amauri Mascaro Nascimento ao definir meio ambiente de trabalho como o “complexo máquina-trabalho: as edificações do estabelecimento, equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas” (NASCIMENTO, 1999, p. 584).

Sobre a concepção estática de meio ambiente de trabalho (complexo máquina - trabalho - edificações), pode-se ponderar que atualmente a crescente utilização das novas tecnologias pelos empreendimentos econômicos tem impossibilitado a vinculação do ambiente de trabalho à edificações e/ou

estabelecimentos, principalmente considerando que o fornecimento aos trabalhadores de smartphone, notebook, tablet, dentre outros equipamentos, ampliou o ambiente de trabalho para além dos estabelecimentos físicos das fábricas e escritórios, inclusive, em algumas situações, passaram a vincular o trabalhador 24h por dia à atividade profissional, independentemente de está com a família ou amigos em ambiente de lazer, cultura ou de cunho religioso.

Nesse aspecto, observa-se que no Brasil a nova redação do art. 6º, da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), estabelecida pela Lei n. 12.551/2011, ao reconhecer o trabalho realizado à distância mediante a utilização de "meios telemáticos e informatizados de comando", demonstra que a norma avança para o reconhecimento da concepção dinâmica de meio ambiente do trabalho, ou seja, para o reconhecimento de que o meio ambiente do trabalho, quando ao aspecto espacial, consiste em todo e qualquer local, natural e/ou artificial (inclusive o ciberespaço[36]), em que o trabalhador desenvolve as suas atividades laborais.

A legislação ordinária portuguesa também reconhece a dinâmica da tecnologia na mutabilidade da delimitação espacial do habitat laboral, na medida em que estabelece, genericamente, no art. 4º, do Anexo da Lei nº 3/2014, de 28 de setembro, do Regime Jurídico de Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho, "Local de trabalho - o lugar em que o trabalhador se encontra ou de onde ou para onde deva dirigir-se em virtude do seu trabalho, no qual esteja direta ou indiretamente sujeito ao controlo do empregador" (alínea "e"), como também, com a alteração da redação do art. 165, caput, do Código do Trabalho, pela Lei nº 7/2009, passou a reconhecer juridicamente o "teletrabalho" como "a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação".

Desta forma, o meio ambiente do trabalho, quanto ao aspecto espacial, pode ser considerado: para o motorista de ônibus, não apenas no terminal da empresa, como também todas as vias públicas em que trafegar; para o técnico de manutenção de rede elétrica, seria o escritório da empresa onde o trabalhador vai registrar a sua jornada, como também todas as vias públicas em que desenvolve seu

---

[36] O termo ciberespaço foi idealizado por William Gibson, em 1984, no livro Neuromancer, referindo-se a um espaço virtual composto por cada computador e usuário conectado em uma rede mundial. Fonte: <http://www.infoescola.com/internet/ciberespaco/>. Acesso em 04.03.2015.

labor; para o piloto de aeronave, englobaria todos os terminais de embarque, pátio e pistas dos aeroportos, como também todo o espaço aéreo percorrido pela aeronave; para o executivo, compreenderia o escritório, como também todo e qualquer local em que esteja desenvolvendo suas atividades profissionais por meios eletrônicos, ainda que esteja em casa, em local de lazer ou em viagem.

Partindo para a análise da terceira controvérsia relacionada à definição de meio ambiente de trabalhou, ou seja, fixação do objeto (bem tutelado), verifica-se que, ao estabelecer os partícipes e delimitar o espaço laboral, cabe também reconhecer que a tutela primordial no ambiente laboral perpassa pela materialização de condições de trabalho que possibilitem a promoção da saúde do trabalhador.

Retomando a definição de saúde pela Organização Mundial de Saúde como "o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de doença" (WHO, 1946), observa-se que a saúde humana compreende o conjunto dos aspectos fisiológicos, psicológicos e sociais.

A saúde do trabalhador a ser tutelada no meio ambiente do trabalho, portanto, deve considerar os aspectos físicos, mentais e sociais.

Nesse contexto, Celso Antônio Pacheco Fiorillo define meio ambiente de trabalho como "o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à sua saúde, sejam remuneradas ou não, cujo o equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade física-psíquica do trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homem, mulheres, maiores, ou menores, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.)" (FIORILLO, 2012).

Como base no exposto, considera-se que o meio ambiente do trabalho consiste em todo e qualquer local, natural e/ou artificial (inclusive o ciberespaço), em que o trabalhador desenvolve suas atividades laborais, devendo o tomador do serviço sempre observar as normas que estabelecem as condições mínimas de segurança, higiene, conforto e bem-estar, de modo a garantir ao trabalhador a sadia qualidade de vida no âmbito físico, mental e social, que obrigatoriamente deve ser defendida e preservada pelo Poder Público e pela coletividade.

3 – Fatores Psicossociais nas Relações de Trabalho.

A deterioração da saúde mental dos trabalhadores frente a complexidade sócio laborais podem ser melhore compreendidas quando nos deparamos com notícias como "Foxconn tem novos casos de suicídio em fábrica na China - Pelo menos três funcionários se mataram em fábrica de Zhengzhou. 'Motivos não estão claros', diz organização que monitora trabalho no país"[37] ou "Até 2020, a depressão será a doença mais incapacitante do mundo, diz OMS - Transtorno ainda enfrenta preconceito, apesar de afetar mais de 120 milhões de pessoas"[38].

A precarização das relações sócio laborais, em nível global, ao promover uma legião de trabalhadores acometidos de enfermidades ocupacionais, tem também propiciado intensos desafios para gestão organizacional da saúde, segurança e higiene no ambiente de trabalho, na medida em que os riscos passam a ser cada vez mais multifacetados por envolver fatores psicossociais, ou seja, por envolver interações e valores sociais e culturais, bem como a própria identidade individual e a perspectiva de mudo que variam entre os integrantes da sociedade.

O fator psicossocial é definido por algumas organismos internacionais e por alguns estudiosos da matéria.

A Organização Internacional do Trabalho define fatores psicossociais no trabalho como as interações entre ambiente de trabalho, o conteúdo do trabalho, as condições organizacionais e capacidades dos trabalhadores que podem, através das percepções e experiências, influenciar a saúde, o desempenho no trabalho e a satisfação do trabalhador (ILO, 1984).

A Organização Mundial de Saúde (OMS), define fatores psicossociais como os fatores que influenciando a saúde e o bem-estar do indivíduo e do grupo, advindo da psicologia do indivíduo, da estrutura e da função da organização do trabalho. Incluem aspetos sociais, tais como as formas de interação no seio dos grupos, aspetos culturais, tais como os métodos tradicionais de resolução de conflitos, e aspetos psicológicas, tais como as atitudes, as crenças e os traços de personalidade (OMS, 1988).

---

[37] Fonte: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/05/foxconn-tem-novos-casos-de-suicidio-em-fabrica-na-china.html>. Acesso em: 20.11.2013.

[38] Fonte: <http://noticias.r7.com/saude/noticias/ate-2020-a-depressao-sera-a-doenca-mais-incapacitante-do-mundo-diz-oms-20100130.html >. Acesso em: 05.03.2015.

Stavroula Leka, Amanda Griffiths e Tom Cox definem fatores psicossociais como os aspectos de concepção e gestão do trabalho ligados a contextos sociais e organizacionais que têm o potencial de causar danos psicológicos ou físicos (Leka, Griffiths & Cox, 2003).

Os fatores psicossociais, portanto, podem ser compreendidos como interações resultantes das condições de trabalho, da gestão organizacional e das respectivas relações sócio laborais no ambiente de trabalho contemporâneo com potencial de gerar danos de ordem mental, física e social.

Observa-se que os fatores psicossociais passam a assumir elevado grau de importância para compreensão dos conflitos laborais atuais, especialmente por ampliar o foco de análise que antes se limitava na análise individualizada e isolada do "trabalhador" e do "ambiente de trabalho", passando a ser visualizada necessariamente como um contexto amplo e complexo das interações trabalho, ambiente e sociedade.

No campo teórico, vários estudos foram desenvolvidos para analisar as condições de trabalho e estabelecer a relação entre os riscos psicossociais e a saúde do trabalhador, na qual se destacam três teorias: o modelo de Karasek denominado demanda-controle (Karasek, 1979); o modelo do desequilíbrio esforço-recompensa do Siegrist (Siegrist, 2008); e modelo da justiça organizacional de Moorman (Moorman, 1991).

O modelo demanda-controle (Karasek, 1979) privilegia as dimensões psicossociais do controle sobre o trabalho (níveis de decisão) e da demanda psicológica proporcionada pelo trabalho, estabelecendo, em suma, que o aumento da exposição ao estresse e os efeitos negativos sobre a saúde está relacionado aos empregos com altos níveis de demanda psicológica (por exemplo, uma carga de trabalho pesada) juntamente com baixos níveis de decisão (controle).

O modelo de desequilíbrio esforço-recompensa (Siegrist, 2008) assevera que os distúrbios psicológicos no meio ambiente de trabalho resulta do descompasso entre os esforços feitos pelos trabalhadores e as recompensas que recebem do empregador (salário, estima, oportunidades de carreira e segurança do emprego).

O modelo da justiça organizacional (Moorman, 1991) estabelece, em linhas gerais, que os trabalhadores devem receber de acordo com o que contribuíram, sendo

importante que os gestores entendam as condições que os trabalhadores reconhecem como justas as distribuições de recursos e os procedimentos, haja vista que esse desequilíbrio da justiça organizacional tende a comprometer a saúde mental do trabalhador.

Os riscos psicossociais descritos nestes modelos teóricos, em suma, incluem as exigências psicológicas (carga de trabalho ou trabalho sob pressão); latitude decisão de trabalho (controle ou poder de decisão sobre as tarefas); o apoio social dos colegas e supervisores (inter-relação entre os companheiros de trabalho); o desequilíbrio entre experiente alta esforço despendido no trabalho e a baixa recompensa recebida (relação entre a prestação da tarefa desempenhada [trabalho] e contraprestação recebida [salário]); e a justiça organizacional e relacional (tratamento dos trabalhadores por parte dos supervisores).

A Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho, em estudo desenvolvido em 2003 e 2004 por peritos que representavam treze Estados Membros da União Europeia, os USA e a Organização Internacional do Trabalho, realizaram a publicação de relatório intitulado “Previsão dos peritos sobre os riscos psicossociais emergentes relacionados com a segurança e a saúde no trabalho”, reconhecendo 42 riscos psicossociais, sendo 8 classificados como risco fortemente emergentes e 19 apenas como emergentes (EU-OSHA, 2007).

Na respectiva pesquisa,osperitos identificaram os principais riscos psicossociais emergentes que podem ser agrupadosem cinco áreas:

- Novas formas de contratos de trabalho e insegurança no emprego (utilização de contratos de trabalho precários, associadoao elevado padrão de qualidade [produzir bens e serviços com menos desperdício] e externalização / terceirização [entregar trabalho a organizações externas], podem afetar gravemente a segurança e a saúde dos trabalhadores, haja vista que trabalhar em mercados de trabalho instáveis pode suscitar sentimentos de insegurança no emprego e aumentar o stresse profissional);
- Mão-de-obra em envelhecimento (os trabalhadores com idade superior a 50 anos são mais vulneráveis aos perigos resultantes das más condições de trabalho do que os trabalhadores mais jovens, haja

vista que possuem menor disposição e oportunidades para aprendizagem profissional, o que eleva as exigências mentais e emocionais);

- Intensificação do trabalho (os trabalhadores lidam cada vez mais com maior volume de informação e de trabalho, bem como a uma maior pressão no emprego. Alguns, em especial os que trabalham em novas formas de emprego (terceirizados) ou em domínios muito competitivos, tendem a sentir-se menos seguros, de modo que maior volume de trabalho e o aumento das exigências impostas a um menor número de trabalhadores podem levar a um aumento do stresse profissional e afectar a segurança e a saúde dos trabalhadores);
- Exigências emocionais elevadas no trabalho (a intimidação no local de trabalho é identificada pelos peritos como o fator que mais contribui para o aumento das exigências emocionais impostas aos trabalhadores. O problema da violência e da intimidação pode afectar todas as profissões e todos os setores. A violência e a intimidação psicológica ou física, tanto para as vítimas como para as pessoas que as presenciam, são causadoras de stresse e podem afectar gravemente a saúde);
- Difícil conciliação entre a vida profissional e a vida privada (os problemas profissionais podem repercutir na vida privada dos trabalhadores. O trabalho incerto e ocasional, os grandes volumes de trabalho e os horários de trabalho variáveis e imprevisíveis, podem originar conflito entre as exigências profissionais e a vida privada).

Dentro desse contexto, não resta dúvida que os riscos psicossociais impactam de forma negativa a saúde do trabalhador, como também comprometem a produtividade da atividade econômica e ainda oneram os custos de produção (com a elevação do absenteísmo e das indenizações judiciais que reconhecem a prática de assédio e *bulling*, dentre outras formas de violência), dos custos sociais (com internações em hospitais públicos e privados pelos adoecimentos) e dos custos previdenciários (com o afastamento e concessão de benefícios previdenciários).

Assim, dentro dos limites da abordagem proposta e após fixar base teórica e conceitual, torna-se importante destacar que os fatores psicossociais e os respectivos riscos estão entre os principais problemas mundiais de saúde pública, afetando diversos países, inclusive o Brasil e Portugal.

4 – A Tutela Jurídica Luso-Brasileira dos Fatores Psicossociais no Meio Ambiente a Luz Dos Direitos Fundamentais[39].

Realizando um corte epistemológico na história das civilizações sem pretensão de colacionar e analisar toda a gama de documentos internacionais e constitucionais que agasalharam os direitos fundamentais, pode-se destacar que a positivação e valorização da dignidade humana como núcleo central do sistema jurídico passou a permear com mais intensidade o ordenamento constitucional de diversos países[40] a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948[41].

Nesse sentido, Jorge Miranda comenta que “a ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com o Estado Social de Direito e, mais rigorosamente, com as Constituições e os grandes textos internacionais subsequentes à Segunda Guerra Mundial, e não por acaso. Surge em resposta aos regimes que tentaram sujeitar e degradar a pessoa humana (preâmbulo da Constituição francesa de 1946) e quando se proclama que "a dignidade da pessoa humana é sagrada" (art. 1o. da Constituição alemã de 1949)” (MIRANDA, 2010, p. 360/361).

---

[39] As expressões “direitos dos homens” e “direitos fundamentais” embora sejam comumente utilizadas como sinônimos, “na realidade, tomando sua origem e significado, tratam-se de expressões diversas: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalistas); direitos fundamentais são direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem se originam na própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes em uma ordem jurídica” (CANOTILHO, 2002, p. 391).

[40] Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2008) enumera como países que passaram a reconhecer a dignidade humana como garantia constitucional a Espanha (preâmbulo e art. 10.1), de Portugal (art.1º), Grécia (art. 2º, inciso I), Bélgica (art. 23), Cuba (art. 8), Venezuela (Preâmbulo), Peru (art. 4º), Bolívia (art. 6º, inciso II), Chile (art. 1º), Guatemala (art. 4º) e Rússia (art. 12-1), além da União Europeia por meio da Carta dos Direitos Fundamentais (art. 1º).

[41] Importante frisar que, conforme explica Ingo Wolfgang Sarlet, existiram algumas exceções atinentes à positivação da dignidade humana antes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ressaltando que “a Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar) já havia previsto em seu texto o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo, em seu art. 151, inc. I, que o objetivo maior da ordem econômica é o de garantir uma existência digna. Assim também – dentre os exemplos mais referidos – a Constituição de Portugal de 1933 (art. 6, n. 3) e a Constituição da Irlanda de 1937 (Preâmbulo) consignavam expressa referência à dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2008, p. 66).

Diante do paradigma de formatação do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana passou a ocupar o status jurídico de epicentro axiológico da ordem constitucional (SARMENTO, 2003) e de pressuposto filosófico dos regimes jurídicos das sociedades democráticas (BARCELLOS, 2008).

No Brasil, a dignidade da pessoa humana foi tratada pela primeira vez na Constituição Federal de 1934, no art. 115, ao estabelecer que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna”.

As Constituições de 1946 (art. 145, parágrafo único), 1967 (art. 157, inciso II) e 1969 (Emenda Constitucional n. 1 – art. 169, inciso II) mantiveram a sistemática de reconhecimento da dignidade humana como alicerce da ordem econômica e das condições de trabalho.

A Constituição de 1988 não apenas reconheceu a dignidade humana como base do ordenamento jurídico brasileiro, porquanto erigida à honrosa qualidade de fundamento de nossa República Federativa (CF, artigo 1º, inciso III), como também a estabeleceu como elemento assegurador da justiça social na ordem econômica e financeira, do bem-estar social e do desenvolvimento sustentável (art. 170).

Em Portugal, a Constituição de 1933 já consagrava a dignidade humana entre as garantias constitucionais, inclusive estabelecia como dever do Estado "zelar pela melhoria das condições de vida das classes mais desfavorecidas" (art. 6o., n. 3).

Com a Constituição de 1976, consagrou-se a dignidade humana como norma estruturante da ordem jurídica portuguesa ao estabelecer que "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária" (art. 1).

Sobre os avanços normativos decorrentes da Carta Republicana portuguesa de 1976, Jorge Miranda comenta que “a Constituição completa a referência à dignidade da pessoa humana com a referência à 'mesma dignidade social' que possuem todos os cidadãos e todos os trabalhadores (arts. 13o., n. 1, e 59o., n. 1, alínea b), decorrente da inserção em uma comunidade determinada, fora da qual, como diz o art. 29o., n. 1, da Declaração Universal, 'não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade'” (MIRANDA, 2010, p. 360/361).

Observa-se que a elevação da dignidade humana ao patamar máximo do ordenamento fundamental proporcionou a limitação dos atos praticados pelo Estado ou por terceiros que atentem contra a dignidade do ser humano (dimensão negativa), sendo lícito desconstituir qualquer tido de ato praticado pelo Poder Público ou por particulares que acarrete a degradação do ser humano, ou seja, a redução do homem à condição de mero objeto.

A dignidade humana, como núcleo essencial do sistema jurídico brasileiro e português, também propicia o desencadeamento dos seus efeitos na dimensão ambiental com a respectiva promoção do bem-estar e da qualidade de vida pelo Estado e pela sociedade (dimensão positiva) na seara ambiental, na qual se inclui o meio ambiente do trabalho com o objetivo de garantir aos trabalhadores o patamar mínimo de saúde, segurança, higiene e bem-estar no habitat laboral (arts. 220, inciso VIII[42], e 225[43], da Constituição do Brasil de 1988 e arts. 9º, alínea d[44], e art. 60, n. 1 e 2[45], da Constituição de Portugal de 1976).

Sobre a ótica ambiental da dignidade humana, Canotilho comenta que "no seu conjunto, as dimensões jurídico-ambientais e jurídico-ecológicas permitem falar de um Estado de direito ambiental e ecológico. O Estado de direito, hoje, só é Estado de Direito se for um Estado protector do ambiente e garantidor do direito ambiental" (CANOTILHO, 2007, p. 5/6).

Nessa temática, Ingo Sarlet ressalta que o "Estado Socioambiental ... a fim de promover a tutela da dignidade humana frente aos novos riscos ambientais e insegurança gerados pela sociedade tecnológica contemporânea, deve ser capaz de conjugar os valores fundamentais que emergem das relações sociais e, através das suas instituições democráticas, garantir aos cidadãos a segurança necessária à manutenção e proteção da vida com qualidade ambiental, vislumbrando, inclusive, as

---

[42] Art. 220. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

[43] Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.

[44] Art. 9. São tarefas fundamentais do Estado: d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais.

[45] Art. 66. 1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. 2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos.

consequências futuras resultantes da adoção de determinadas tecnologias (SARLET, 2010, p. 17).

Com base na dimensão ambiental da dignidade humana, observa-se que o direto ao ambiente de trabalho seguro, hígido e saudável constitui-se em direito fundamental chancelado pelas atuais Cartas Republicanas brasileira e portuguesa.

Aprofundando a análise da legislação ordinária, mas especificamente da tutela jurídica luso-brasileira dos fatores psicossociais, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro trata especificamente dessa matéria apenas nas Normas Regulamentadoras (NRs) 33 (Portaria MTE n.º 202/2006, com alterações da Portaria MTE n.º 1.409/2012) e 35 (Portaria MTE 593/2014).

A NR 33 estabelece os requisitos mínimos de saúde e segurança para o desempenho do labor em espaços confinados, fixando critérios para o reconhecimento, avaliação, monitoramento e controle dos riscos existentes, de forma a garantir permanentemente as condições de trabalho seguras para os profissionais que interagem direta ou indiretamente nestes espaços.

A NR 33 faz referência aos fatores psicossociais no item 33.3.4.1, ao especificar que “todo trabalhador designado para trabalhos em espaços confinados deve ser submetido a exames médicos específicos para a função que irá desempenhar, conforme estabelecem as NRs 07 e 31, incluindo os fatores de riscos psicossociais com a emissão do respectivo Atestado de Saúde Ocupacional – ASO”.

A NR 35 estabelece os requisitos mínimos e as medidas de proteção para o trabalho em altura (toda atividade executada acima de 2,00 m (dois metros) do nível inferior, onde haja risco de queda), envolvendo o planejamento, a organização e a execução, de forma a garantir a segurança e a saúde dos trabalhadores envolvidos direta ou indiretamente com esta atividade.

A NR 35 faz referência aos fatores psicossociais apenas no item 35.4.1.2, alínea “c”, ao especificar que “cabe ao empregador avaliar o estado de saúde dos trabalhadores que exercem atividades em altura, garantindo que: (...) c) seja realizado exame médico voltado às patologias que poderão originar mal súbito e queda de altura, considerando também os fatores psicossociais”.

Nesse primeiro olhar da legislação ordinária brasileira sobre a tutela jurídica dos fatores psicossociais, verifica-se que se trata de proteção normativa extremamente tímida por está presente apenas em Portaria Ministerial e, ainda, por possuir reduzido espectro de aplicação direta, haja vista que limita-se aos trabalhos desempenhados em ambientes confinados e em altura.

Logicamente que os fatores psicossociais e os respectivos riscos permanecem existindo no ambiente de trabalho no Brasil, de modo que, considerando os próprios termos dos arts. 4º[46], da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, e o art. 8º[47], da CLT, a omissão legislativa deve ser suprimida pela aplicação da analogia, costumes, jurisprudência, direito comparado e os princípios gerais de direito, além da construção de uma base interpretativa constitucional que assegure o meio ambiente do trabalho seguro e saudável, porém não resta dúvida que a omissão legislativa prejudica, em especial, as ações preventivas que guarneceriam o habitat laboral e evitariam a ocorrência de enfermidades ocupacionais decorrentes dos efeitos prejudiciais dos fatores psicossociais na saúde do trabalhador.

Nesse aspecto, observa-se, quanto aos fatores psicossociais, que a grande maioria dos ações que tramitam no Poder Judiciário brasileiro limitam-se ao pleito de reconhecimento da consequência danosa à saúde do trabalhador e o respectivo pleito indenização, principalmente quando da ocorrência da “intensificação de jornada” ou das “exigência emocionais elevadas no trabalho” (EU-OSHA, 2007).

O risco psicossocial de “intensificação de jornada”, que prejudica a qualidade de vida do trabalhador, como também a saúde no âmbito físico, mental e social, ao proceder o alongamento das jornadas de trabalho sem a concessão dos descansos fixados na legislação, vem sendo objeto de ações judiciais no Brasil objetivando o reconhecimento do respectivo evento danoso e das indenizações por dano moral[48] e existencial[49].

---

[46]Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.
[47]Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.
[48]Walmir Oliveira da Costa defini dano moral como “aquele que atinge o ser humano em seus valores mais íntimos, causando-lhe lesões em seu patrimônio imaterial, como a honra, a boa fama, a

Nessas ações, sendo demonstrado nos autos que o risco da “intensificação de jornada” ocasionou prejuízo a qualidade de vida do trabalhador ou mesmo patologia ocupacional, o Poder Judiciário vem reconhecendo e fixando indenizações com base na garantia constitucional da dignidade humana no meio ambiente de trabalho[50].

O risco psicossocial de “exigências emocionais elevadas no trabalho”, na qual ocasionam deterioração da saúde do trabalho a partir do aumento das exigências emocionais impostas aos trabalhadores, podendo inclusive ser agravado com a prática de atos de violência física e psicológica, também vem sendo objeto de ações judiciais no Brasil objetivando o reconhecimento do respectivo evento danoso, especialmente a configuração do assédio moral[51], e da indenização por dano moral.

---

dignidade, o nome etc., bens esses que, em sua essência, isto é, considerados em si mesmos (do ponto de vista ontológico), não são suscetíveis de aferição econômica, mas, sim, seus efeitos ou reflexos na esfera lesada” (COSTA, 1999, p. 33).

[49]Amaro Alves de ALMEIDA NETO define dano existencial como a “violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.” (ALMEIDA NETO, 2005, p. 68)

[50]RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. (...). DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. (...) Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilício, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial (...).Recurso de revista conhecido e provido, no tema. (Processo TST - RR - 727-76.2011.5.24.0002 - 1ª Turma - Ministro Relator: Hugo Carlos Scheuermann - DJE 27.06.2013). AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...). RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA LABORAL EXTENUANTE POR LONGO PERÍODO. Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como um dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo à sua dignidade humana ou à sua personalidade, e no âmbito de suas relações sociais. (...) Na hipótese dos autos, o Regional registrou que foi reconhecido em outra judicial que o empregado foi submetido, por mais de 5 anos, a uma jornada extenuante de mais de 13 horas (das 7h às 21h, com 1 hora de intervalo intrajornada, de segunda-feira a sábado, e das 7h às 16h, também com uma hora de intervalo intrajornada, em três domingos por mês e em metade dos feriados), o que importava em privações de suas atividades existenciais (na família, instrução, esporte, lazer, etc), motivo pelo qual concluiu que houve efetivo dano existencial, pois no período o Autor tinha a vida limitada a alimentar-se, dormir e trabalhar (...). Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. (Processo TST - RR - - 78-64.2012.5.04.0251 - 4ª Turma - Ministro Relator: Maria de Assis Calsing - DJE 20.08.2014).

[51]Marie-France Hirigoyen define assédio moral como “qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude ...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou

Nessas ações, sendo demonstrado nos autos que o risco "exigências emocionais elevadas no trabalho" e a caracterização do assédio moral, o Poder Judiciário também vem reconhecendo e fixando indenizações com base na garantia constitucional da dignidade humana no meio ambiente de trabalho[52].

Cabe registrar que no Brasil ainda não existir norma específica para combater o assédio moral nas relações empregatícias, tramitando no Congresso Nacional (competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho [art. 22, inciso I, da Constituição Federal]), diversos projetos de lei que objetivam combater a coação moral sofrida pelos trabalhadores[53].

Na esfera estadual, verifica-se que a primeira norma sobre o assédio moral foi a Lei n. 3.921, de 23 de agosto de 2002, promulgada pela Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro, que veda, no âmbito dos órgãos, repartições ou entidades da administração centralizada, autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista, dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário, inclusive concessionárias ou permissionárias de serviços estaduais de utilidade ou interesse público, o exercício de qualquer ato, atitude ou postura que se possa caracterizar como assédio moral no trabalho.

---

integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho" (HIRIGOYEN, 2002, p. 76/77).

[52] AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA. (...). INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. (...) ASSÉDIO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Tratamento urbano e respeitoso é dever legal e contratual das partes no âmbito trabalhista. Excessos ao razoável, por parte do empregador, atentam contra a dignidade da pessoa humana, princípio assegurado no art. 1º, III, da Carta Magna e um dos pilares da República Federativa do Brasil. (...). Recurso de revista conhecido e provido. (Processo TST - ARR-154400-61.2008.5.02.0017 - 3ª Turma - Ministro Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira - DJE 12.11.2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ASSÉDIO MORAL. COBRANÇA DE METAS. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. O Regional registrou que o empregador adotou sistema abusivo de cobrança de metas, por meio de pressão psicológica exercida pelos gerentes, com agressividade e exposição pública da produtividade de cada vendedor. Concluiu que a prática empresarial acarretou desequilíbrio no meio ambiente laboral, gerando pressão, medo e vergonha aos trabalhadores, chegando o gerente a chutar e a amassar produtos, entendendo configurado o dano moral e confirmando a indenização de R$ 15.000,00. Intangível esse cenário fático (TST, Súmula nº 126), cujos elementos indicam a configuração do assédio moral. (...) Agravo de instrumento desprovido. (Processo TST - ARR-434-56.2012.5.15.0153 - 7ª Turma - Ministro Relator: ARNALDO BOSON PAES - DJE 19.11.2014).

[53] São exemplos de projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional no Brasil: Projeto de Lei n. 4.742/01, de autoria do Deputado Federal Marcos de Jesus, que reconhece o assédio moral no ambiente de trabalho como tipo penal; Projeto de Lei n. 5.970/01, de autoria do Deputado Federal Inácio Arruda, que reconhece a coação moral como causa motivadora da rescisão indireta, nesse caso o trabalhador assediado perceberá o pagamento em dobro das parcelas resilitórias.

Atualmente os Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul também possuem legislação própria proibindo a prática de assédio moral na esfera da administração pública estadual direta, indireta e fundações públicas.

A tutela contra a prática do assédio moral na órbita das relações empregatícias no Brasil, mesmo ressentindo-se da proteção normativa específica, vem sendo fundamentada na Declaração Universal dos Direitos do Homem (especialmente o direito mínimo do trabalhador a "condições justas e favoráveis de trabalho"[artigos XXIII]), nos dispositivos constitucionais (dignidade da pessoa humana [art. 1º, inciso III] e os valores sociais do trabalho [art. 1º, inciso IV]), nas disposições do Código Civil (função social do contrato (art. 421, *caput*) e a boa-fé entre os contratantes (art. 422, *caput*)), no texto da CLT (veda a prática pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos do rigor excessivo [art. 483, alínea *b*]; do não cumprimento pelo empregador das obrigações contratuais [art. 483, alínea *d*]; de atos lesivos à honra ou à boa fama do trabalhador ou de seus familiares [art. 483, alínea *e*]) e na aplicação analógica da Lei n. 9.029/95 que veda a prática de atos discriminatórios.

No caso da tutela jurídica dos fatores psicossociais no direito português, verifica-se que há uma dualidade de sistemas, ou seja, normas produzidas internamente pelo Estado de Portugal e disposições dos tratados internacionais que regem a União Europeia que também são aplicáveis internamente pela República portuguesa, consoante estabelece o art. 8º, n. 4, da Constituição de Portugal.

No caso da aplicação do Tratado da União Europeia, verifica-se que o exercício das competências da União Europeia rege-se, dentre outros, pelo princípio da subsidiariedade, de modo que a legislação comunitária apenas será aplicada nas matérias que não sejam da sua competência exclusiva, como é o caso da saúde e segurança no trabalho, como também quando a ação considerada necessária não possa ser suficientemente alcançados por meio das normas internas dos Estados-Membros, consoante estabelece o art. 5º, do Tratado da Comunidade Europeia.

"O princípio da subsidiaridade surge, pois, como essencial para estabelecer o critério da repartição de competências entre os diferentes níveis de poder na União Europeia" (CAMPOS, 2014, p. 280).

Na sistemática do princípio da subsidiariedade, a União Europeia, nos casos em que não possui competência exclusiva, edita orientações para a Comunidade Europeia e os respectivos Estados Membros para implementação de políticas sociais, conforme estabelece o art. 5º, do Tratado da Comunidade Europeia.

Nesse sentido, o Parlamento Europeu proclamou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que reconhece expressamente como direitos fundamentais a dignidade humana (art. 1º), a liberdade profissional e o direito ao trabalho (art. 15º), condições de trabalho justas e equitativas (art. 31º) e proteção ao ambiente (art. 37º), de modo a fixar parâmetros de implementação de políticas sociais, de interpretação e aplicação das normas comunitárias.

Tratando especificamente sobre as normas comunitárias de tutela a saúde e segurança no trabalho, observa-se que a edição da Directiva-Quadro 89/391/CEE, de 12 de junho de 1989, constitui-se no marco histório, na medida em que se trata de importante preceito legislativo que estabelece as garantias mínimas de saúde e segurança ocupacional em toda a União Europeia.

Cabe registrar que a Directiva-Quadro 89/391/CEE não contemplam os fatores e os riscos psicossociais e as directivas atuais da UE relacionadas à segurança e saúde no trabalho permanecem sem contemplar especificamente os fatores e os riscos psicossociais.

Analisando o ordenamento jurídico interno de Portugal, verifica-se que a Lei n. 102/2009 (Regime Jurídico da Promoção e Saúde no Trabalho), atualizada pela Lei n. 3/2014, passou a contempla os fatores e riscos psicossociais com pontos relevantes a serem considerado gestão segura do meio ambiente de trabalho.

Dentre os pontos atualizados no Regime Jurídico da Promoção e Saúde no Trabalho, verifica-se que:

> Passou-se a fixar como dever do empregador "assegurar, nos locais de trabalho, que as exposições aos agentes químicos, físicos e biológicos e aos fatores de risco psicossociais não constituem risco para a segurança e saúde do trabalhador" e "adaptar o trabalho ao homem, especialmente no que se refere à conceção dos postos de trabalho, à escolha de equipamentos de trabalho e aos métodos de trabalho e produção, com vista a, nomeadamente, atenuar o trabalho monótono e o trabalho repetitivo e reduzir os riscos psicossociais" (art. 15, n. 2, alíneas “f” e “g”).

> Vedou o labor em atividades proibidas "que envolvam a exposição aos agentes químicos, físicos e biológicos ou outros fatores de natureza psicossocial que possam causar efeitos genéticos hereditários, efeitos prejudiciais não hereditários na progenitura ou atentar contra as funções e capacidades reprodutoras masculinas ou femininas, suscetíveis de implicar riscos para o património genético, referidos na presente lei ou em legislação específica, conforme a indicação que constar dos mesmos" (art. 48).

Observando as atualizações do Regime Jurídico da Promoção e Saúde no Trabalho atinentes a tutela jurídica dos fatores psicossociais, não resta dúvida que ocorreram avanços no ordenamento português, na medida em que a ordem jurídica passa a não apenas expressamente identificar os fatores psicossociais como elemento gerador de patologias ocupacionais, como também passa a adequar a norma jurídica em sintonia com os avanços científicos na área de saúde. Entretanto, cabe a crítica pelo tímido avanço, haja vista que o reconhecimento legislativo dos fatores e os riscos psicossociais na legislação portuguesa ainda é genérico, ou seja, apenas contempla juridicamente os fatores e risco psicossociais sem estabelecer em que efetivamente consistem, bem como quais as causas e as medidas de prevenção a serem adotadas.

Sobre a tramitação das ações no Poder Judiciário de Portugal envolvendo os fatores psicossociais, verifica-se que a grande maioria se limita ao pleito de reconhecimento da ocorrência do assédio moral e de indenização por dano moral.

Nessas ações, sendo demonstrado nos autos que o risco "exigências emocionais elevadas no trabalho" e a caracterização do assédio moral, o Poder Judiciário português[54] também vem reconhecendo e fixando indenizações com base

---

[54] I – Na vigência do CT/2003, as condutas especificamente relevantes no âmbito do assédio moral estão necessariamente reportadas a situações de discriminação ("assédio moral discriminatório"), enquadráveis nos arts. 23.º e 24.º, sendo certo que as consequências ressarcitórias de atos discriminatórios não recondutíveis a esta figura se encontram reguladas, nos termos expressos no art. 26.º. II - A tutela das demais violações da integridade física e moral, como é o caso, entre outras situações, do "assédio moral não discriminatório", é assegurada com base no art. 18.º e nas normas atinentes aos deveres contratuais das partes e às consequências do seu incumprimento [arts. 120.º, a) e c), e 363.º], conjugadas com as disposições gerais da lei civil. (...) . IV - Todavia, demonstrada a prática pela R.de factos violadores da integridade física e moral desta, bem como da sua dignidade, a A. tem direito a indemnização por danos não patrimoniais, a qual deve ser fixada equilibrada e ponderadamente, tendo em conta a gravidade dos factos, os parâmetros que nesta matéria têm sido seguidos nos nossos tribunais, mormente no STJ, e demais elementos elencados nos arts. 496.º, n.º 3, e 494.º do C. Civil. (Processo 420/06.7TTLSB.L1.S1 - 4ª SECÇÃO - Relator: MÁRIO BELO MORGADO - Data do Acórdão: 01.10.2014); I - Só acontecimentos ou factos concretos podem integrar a seleção da matéria de facto relevante para a decisão, sendo, embora, de equiparar aos factos os conceitos jurídicos geralmente conhecidos e utilizados na linguagem comum, verificado que esteja um requisito: não integrar o conceito o próprio objeto do processo ou, mais rigorosa e latamente, não constituir a sua verificação, sentido, conteúdo ou limites objeto de disputa das partes. II - Reveste natureza jurídico-conclusiva, cuja utilização não é neutra do ponto de

na garantia constitucional da dignidade humana no meio ambiente de trabalho e na legislação ordinária portuguesa que no art. 29[55], do Código de Trabalho, estabelece expressa a definição e a vedação da prática de assédio.

A análise da tutela jurídica luso-brasileira dos fatores psicossociais no meio ambiente do trabalho a luz dos direitos fundamentais, portanto, demonstram que as conquistas atuais atinentes à efetiva materialização da dignidade humana no habitat laboral não comportam o retrocesso social, de modo que, na busca pela efetividade do direito à saúde e segurança do trabalhador, deve-se prosseguir nas conquistas objetivando a produção normativa que instrumentalize a prevenção específica dos riscos psicossociais, ou seja, que estabeleça formas efetivas de antecipação, avaliação e controle dos fatores psicossociais no ambiente laboral.

Conclusões.

No transcorrer do estudo, todas as conclusões fixadas nesse trabalho já se encontram enunciadas nos tópicos anteriores.

Nesse sentido, passa-se a reunir as seguintes conclusões:

a) Fazendo uma releitura do contextual da sociedade digital, pode-se compreender o meio ambiente do trabalho como todo e qualquer local, natural e/ou artificial (inclusive o ciberespaço), em que o trabalhador desenvolve suas atividades laborais, devendo o tomador do serviço sempre observar as normas que estabelecem as condições mínimas de segurança, higiene, conforto e bem-estar,

---

vista da gravidade da conduta da trabalhadora a apreciar no contexto de uma ação de impugnação da regularidade e licitude do despedimento, o termo «ameaçou», devendo, por isso, ser declarado como não escrito. III - O assédio moral implica comportamentos (em regra oriundos do empregador ou de superiores hierárquicos do visado) real e manifestamente humilhantes, vexatórios e atentatórios da dignidade do trabalhador, aos quais estão em regra associados mais dois elementos: certa duração; e determinadas consequências. (...) . IX - Sendo embora censurável a conduta da trabalhadora – que, exaltada e enervada, apontou uma tesoura de que estava munida à sua superiora hierárquica, sendo, no entanto, omissa a factualidade provada quanto às circunstâncias que rodearam esse facto –, não pode subvalorizar-se que a mesma decorreu de anteriores, sistemáticos e muito graves comportamentos desta última, que fortemente mitigam a sua culpa, pelo que é de reputar de ilícito o despedimento da Autora. (Processo 590/12.5TTLRA.C1.S1- 4ª SECÇÃO - Relator: MÁRIO BELO MORGADO - Data do Acórdão: 13.03.2014).

[55] Art. 29. n. 1. Entende-se por assédio o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em factor de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador. (...) n. 4. Constitui-se contra-ordenação muito grave a violação do dispositivo neste artigo.

de modo a garantir ao trabalhador a sadia qualidade de vida no âmbito físico, mental e social, que obrigatoriamente deve ser defendida e preservada pelo Poder Público e pela coletividade;

b) Os fatores psicossociais, compreendidos como interações resultantes das condições de trabalho, da gestão organizacional e das respectivas relações sócio laborais no ambiente de trabalho contemporâneo com potencial de gerar danos de ordem mental, física e social, passam a assumir elevado grau de importância para compreensão dos conflitos laborais atuais, especialmente por ampliar o foco de análise que antes se limitava na análise individualizada e isolada do "trabalhador" e do "ambiente de trabalho", passou a ser visualizada necessariamente como um contexto amplo e complexo das interações trabalho, ambiente e sociedade;

c) A análise da tutela jurídica luso-brasileira dos fatores psicossociais no meio ambiente do trabalho a luz dos direitos fundamentais, portanto, demonstram que as conquistas atuais atinentes à efetiva materialização da dignidade humana no habitat laboral não comportam o retrocesso social, de modo que, na busca pela efetividade do direito à saúde e segurança do trabalhador, deve-se prosseguir nas conquistas objetivando a produção normativa que instrumentalize a prevenção específica dos riscos psicossociais, ou seja, que estabeleça formas efetivas de antecipação, avaliação e controle dos fatores psicossociais no ambiente laboral.

Referências

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de (2005). Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez.

BARCELLOS, Ana Paula de (2008). A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar.

CAMPOS, João Mota, CAMPOS, João Luís Mota, PEREIRA, António Pinto (2014). Manual de Direito Europeu. 7ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes (2002). Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª. Ed. Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes (2007). Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia. In Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.

Organizadores: José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite. São Paulo: Saraiva.

COSTA, Walmir Oliveira da (1999). *DanoMoralnasRelaçõesLaborais*. Curitiba: Juruá.

Eurofound and EU-OSHA (2014). Psychosocial risks in Europe: Prevalence and strategies for prevention, Publications Office of the European Union, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities.

EU-OSHA. (2007). Previsão dos peritos sobre os riscos psicossociais emergentes relacionados com a segurança e saúde no trabalho (SST). Facts-74 PT. Disponível: https://osha.europa.eu/pt/publications/factsheets/74 website. Acesso em: 09.03.2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco (2012). Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 13 Ed. São Paulo: Editora Saraiva.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estarnoTrabalho:Redefinindooassédiomoral*. Tradução de Rejane Janowitzer. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ILO (1984). Psychosocial factors at work: Recognition and control (Vol. 56). Geneva: International Labour Office.

Leka S., Griffiths A., Cox T (2003). Work Organization and Stress: systematic Problem approaches for employers, manager and trade union representatives, 2003. Disponível: http://www.who.int/occupational_health/publications/pwh3rev.pdf. Acesso em: 09.03.2015.

MIRANDA, Jorge (2010). A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema dos Direitos Fundamentais. Revista Justitia do Ministério Público do Estado de São Paulo: São Paulo, 67 (201), jan./dez. 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro (1999). A Defesa Processual do Meio Ambiente do Trabalho. São Paulo: Revista LTr, ano 63, maio/99.

NIOSH (1999). Stress at work. U.S. Department of Heath and Human Services. Public Health Service Centers for Disease Control and Prevention National Institute for Occupational Safety and Health. DHHS (NIOSH) Publication No. 99–101.

OMS (1988). Les Facteurs psychosociaux en milieu de travail et leurs rapports à la santé / publié sous la direction de Raija Kalimo, Mostafa A. El-Batawi, Cary L. Cooper. Genève: Organisation mondiale de la Santé.

SARLET, Ingo Wolfgang (2008). Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SARMENTO, Daniel (2003). A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. 1ª Edição, 3ª Tiragem, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

SILVA, José Afonso da (2010). Direito Ambiental Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Malheiros.

WHO (1946). Preamble to the Constitution of the World Health Organization as adopted by the International Health Conference, New York, 19-22 June, 1946; signed on 22 July 1946 by the representatives of 61 States (Official Records of the World Health Organization, no. 2, p. 100) and entered into force on 7 April 1948.

CAPÍTULO 4

LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: estudo de **caso da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

José S. Carvalho Filho[56]

RESUMO: A interpretação conforme a Constituição é técnica de decisão em controle de constitucionalidade que permite manter a constitucionalidade de normas mediante atribuição de sentido compatível com a Constituição. Trata-se de alternativa ao modelo bipolar constitucionalidade/inconstitucionalidade, recomendada para os casos de pluralidade de sentidos da norma jurídica em que uma significação atende melhor aos valores constitucionais. A adoção desse expediente, segundo a doutrina, é limitada pela vontade do legislador e pelo texto literal do enunciado da norma. Nesse contexto, este trabalho apresenta estudo de caso que se concentra em dois precedentes do Supremo Tribunal Federal (união homoafetiva e aborto de feto anencéfalo), para demonstrar em que medida a Corte, abandonando o perfil de legislador negativo característico da jurisdição constitucional, tem invocado a técnica da interpretação conforme a Constituição para promover modificação de sentido no texto legal, por meio de decisões manipulativas de efeito aditivo e/ou substitutivo.
Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Interpretação conforme a Constituição. Supremo Tribunal Federal. União homoafetiva. Aborto de feto anencéfalo.

ABSTRACT: The constitutional avoidance is a theory of decision in judicial review that allows the Supreme Court to save a statute by interpreting it in a plainly constitutional meaning. This is an alternative to the bipolar model constitutionality / unconstitutionality, recommended for cases of multiple senses of the rule when one of the possible meanings is best suited to the constitutional values. According to the doctrine, the constitutional avoidance is limited by the will of the legislator and the literal text of the statement. In this context, this paper presents a study that focuses on two precedents of the Supremo Tribunal Federal (homosexual union and abortion of anencephalic fetus), in view of demonstrate how the Court has abandoned the profile of negative legislator, typical of the judicial review, by invoking this theory in order to provide a new sense to the statement, modifying it, through manipulative decisions.
Keyword: Judicial review. Constitutional avoidance. Supremo Tribunal Federal. Homosexual union. Abortion of anencephalic fetus.

---

56 Doutorando em direito público pelo *Institut d'Études Politiques d'Aix-en-Provence (Sciences-po Aix / Aix-Marseille Université)*, com bolsa da Capes. Mestre e especialista em direito constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Analista judiciário do Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

Inicia-se este trabalho assumindo-se a posição de que decisões judiciais são atos criativos do direito, de natureza não apenas jurídica, mas também política. Segundo Kelsen, "*a opinião de que somente a legislação seria política – mas não a 'verdadeira' jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva*".[57] Com efeito, mesmo autores positivistas – como o próprio Kelsen e Herbert Hart em suas teorias sobre a moldura normativa[58] e a textura aberta do direito[59] – reconhecem certa margem de discricionariedade ao aplicador da lei. Quanto ao cunho político da jurisdição, trata-se de decorrência natural do poder criativo, que a legislação possui apenas em grau maior e mais evidente do que as decisões judiciais.

Esses esclarecimentos são necessários para assentar que este trabalho foca em contexto onde a jurisdição constitucional já é realidade consolidada, razão pela qual se opta por não mais refletir sobre a legitimidade democrática da Justiça constitucional,[60] mas sobre os limites ao exercício de guarda da Constituição. Assim, propõe-se investigar em que medida o Supremo Tribunal Federal (STF), ao exercer controle de constitucionalidade de atos normativos, respeita as balizas impostas pela ordem jurídica.

O artigo está organizado em forma de estudo de caso,[61] no qual se analisam os precedentes judiciais do STF sobre união homoafetiva[62] e aborto de feto

---

57 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 251.

58 KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit* : introduction à la science du droit. Trad. Henri Thévenaz. La Balconnière, 1953, p. 127/138.

59 HART, H. L. A. *The concept of law*. 3. ed. Oxford University, 2012, p. 251-252.

60 Sobre a legitimidade democrática da justiça constitucional, recomenda-se a leitura de: ELY, John Hart. *Democracy and distrust*: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University, 1980; SCHMITT, Carl. Legality and legitimacy. Durham: Duke University Press, 2007; ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio do 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra Editora, 1995; e BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Estudos Avançados*, vol. 18, n. 51, São Paulo, maio-ago., 2004.

61 Escolheu-se o estudo de caso como metodologia de pesquisa para compatibilizar a observação de fenômeno complexo – limites da Justiça Constitucional no Brasil – com o espaço restrito característico de artigos científicos. Como sustenta Magda Ventura, tal opção possibilita "estudar uma unidade, bem delimitada e contextualizada, com a preocupação de não analisar apenas o caso em si, como algo à parte, mas o que ele representa dentro do todo". (Cf. VENTURA, Magda Maria. O estudo de caso como modalidade de pesquisa. *Revista da Sociedade de Cardiologia do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 5, p. 383-386, set./out. 2007). Para enriquecer a análise, elegeram-se

anencéfalo,[63] com ênfase na técnica de decisão de interpretação conforme a Constituição e nos parâmetros para o seu manuseio. A partir desses pontos específicos, objetiva-se confrontar teoria do direito e jurisprudência do STF, para investigar se há convergência entre o discurso da Corte e sua prática judicial.

O resultado do estudo evidencia postura abusiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que esta Corte desconsiderou limites funcionais de sua atividade para promover verdadeira manipulação da técnica de interpretação conforme a Constituição. A fim de alcançar determinados resultados, fundamentaram-se decisões por meio de raciocínios inconsistentes,[64] como se demonstra nas linhas a seguir.

1 Noções Gerais sobre a Interpretação Conforme a Constituição

A definição da interpretação conforme a Constituição pressupõe necessariamente meditação sobre sua natureza jurídica, uma vez que esta integra o conceito do instituto. A doutrina ora trata a interpretação conforme como princípio hermenêutico,[65] ora sustenta ser técnica de decisão em controle de constitucionalidade.[66] Contudo, parece haver certo consenso de que há, na realidade, natureza jurídica dúplice. Nesse sentido, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi sugerem

---

duas decisões bastante representativas do estado da jurisprudência do STF (união homoafetiva e aborto de anencéfalo). Trata-se, pois, de estudo de caso complexo.

62 O caso foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, ambas relatadas pelo Ministro Ayres Britto e julgadas nos dias 4 e 5 de maio de 2011.

63 O feito foi examinado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, em julgamento plenário ocorrido em 12 de abril de 2012.

64 É imperioso destacar que não é objeto de análise deste trabalho o conteúdo moral das decisões proclamadas pelo Supremo Tribunal Federal, mas o caminho percorrido para se chegar a tal resultado. Em outros termos, não se reflete sobre a compatibilidade do fundo dos arestos (legitimidade do abordo de feto anencéfalo ou reconhecimento de igualdade de direitos a casais homoafetivos e heteroafetivos) com a Constituição brasileira, mas sobre o método de decisão adotado pela Corte. Se, por um lado, considera-se manifesta a inexistência de justificação para discriminação normativa de casais homoafetivos e indevida a proibição de aborto de fetos anencéfalos, por outro, não se reputa que a técnica de interpretação conforme a Constituição tenha sido adequadamente empregada nos casos em exame.

65 Por todos, cita-se COELHO, Inocêncio Mártires. O novo Código Civil e a interpretação conforme a constituição. In:MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.) *O novo Código Civil*: homenagem ao Professor Miguel Reale.. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 29-37.

66 Nesse sentido, cita-se, por todos, Carlos Blanco de Morais, para quem “a interpretação conforme é um método de fiscalização da constitucionalidade, e não apenas um preceito hermenêutico, dado fundamentar o conteúdo de uma sentença de rejeição que contém um juízo condicional de não inconstitucionalidade em relação a uma disposição normativa impugnada” (Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 327).

que, do ponto de vista processual, a interpretação conforme a Constituição é técnica de decisão no controle de constitucionalidade e, do ponto de vista da teoria da norma jurídica, constitui-se regra de interpretação a ser seguida em caso de conflito entre a Constituição e textos que lhe são hierarquicamente inferiores. [67] Semelhante orientação é adotada por Barroso, para quem "*o princípio abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade*".[68]Assim, a interpretação conforme a Constituição é, a um só tempo, meio de controle de constitucionalidade e princípio hermenêutico ou, nas palavras de Jorge Miranda, regra de interpretação sistemática – em que se concede maior relevância à Constituição – e método de fiscalização de constitucionalidade.[69]

No Brasil, o parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/1999 inclui a interpretação conforme a Constituição entre as modalidades de decisão em controle abstrato de constitucionalidade, estabelecendo que:

> A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Entretanto, não decorre dessa previsão legal que a interpretação conforme se reduza à técnica de decisão em controle de constitucionalidade. Ao contrário, disposições normativas recentes reforçam o caráter de regra hermenêutica do instituto, como ilustra o art. 1° do novo Código de Processo Civil: "o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".[70]

---

67 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Problemas da aplicação judicial do direito constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais,* Belo Horizonte, ano 8, n. 29, p. 403-425, maio/ago., 2014, p. 406.

68 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 301.

69 MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 658-660.

70 Redação final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n. 166/2010.

Posto isso, seja em virtude de lições doutrinárias, seja em decorrência de texto legal, é imperioso reconhecer a natureza jurídica dual da interpretação conforme a Constituição. Assim, trata-se de princípio hermenêutico que guia a interpretação de atos normativos, levando em consideração os preceitos constitucionais, e que pode se qualificar como técnica de decisão em controle de constitucionalidade, quando impuser restrição de significados da norma jurídica.

Independentemente do nome – técnica ou princípio – que se atribua ao instituto, a interpretação conforme carrega essencialmente a ideia segundo a qual os atos normativos devem ser interpretados de acordo com a Constituição e, em caso de plurissignificância, deve-se priorizar o sentido que melhor efetive aos valores constitucionais. Virgílio Afonso da Silva sintetiza essa definição para afirmar que, "*quando se fala em interpretação conforme a constituição, quer-se com isso dizer que, quando há mais de uma interpretação possível para um dispositivo legal, deve ser dada preferência àquela que seja conforme a constituição*".[71]

Neste trabalho, destaca-se o caráter da interpretação conforme enquanto técnica de decisão em controle de constitucionalidade, a fim de identificar se e em que medida o Supremo Tribunal Federal adota o referido mecanismo como instrumento de criação do Direito.

Konrad Hesse assevera que "*uma lei não deve ser considerada nula quando ela pode ser interpretada em consonância com a Constituição".*[72] Por conseguinte, esse "*postulado do direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira*"[73] conduz ao dever de reconhecer a constitucionalidade da lei se, entre duas ou mais interpretações possíveis, há hipótese que se revela compatível com a Constituição. Na jurisprudência, é frequentemente citado o voto do Ministro Moreira Alves na Representação 1.417:

> A interpretação da norma sujeita a controle deve partir de uma hipótese de trabalho, a chamada presunção de constitucionalidade, da

---

71 SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralidade judicial. *Revista Direito GV*, v. 2. n. 1, p. 191-210, jan./jun. 2006, p. 192.
72 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1998, p. 71-72.
73 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1272.

> qual se extrai que, entre dois entendimentos possíveis do preceito impugnado, deve prevalecer o que seja conforme à Constituição.[74]

Dessa assertiva, é possível abstrair uma justificação para o instituto: a presunção de constitucionalidade dos atos normativos. A interpretação conforme surge como alternativa ao rígido modelo bipolar que admitia apenas a declaração ou da constitucionalidade da lei, ou de sua inconstitucionalidade, com o propósito de possibilitar o reconhecimento de compatibilidade condicional de leis com a Constituição. Em outros termos, a norma jurídica é tida por constitucional, desde que seja interpretada com as ressalvas do tribunal. Aduz-se que essa forma harmoniza o dever de guarda da Constituição com o produto da atividade legislativa, conservando os atos normativos questionados. Assim, a Justiça constitucional preserva a obra do legislador, em respeito ao princípio da separação dos poderes.

Oportunamente, Lúcio Bittencourt leciona:

> É que ao Parlamento, tanto quanto ao Judiciário, cabe a interpretação do texto constitucional, de sorte que, quando uma lei é posta em vigor, já o problema de sua conformidade com o Estatuto Político foi objeto de exame e apreciação, devendo-se presumir boa e válida a resolução adotada.[75]

A doutrina acrescenta, ainda, outras fundamentações para a interpretação conforme, como segurança jurídica, princípio da economia, unidade/coerência do ordenamento jurídico e supremacia da Constituição. Carece assentar, todavia, que essas fundamentações não são exclusivas, mas complementares, na medida em que não existe justificativa capaz de legitimar, por si só, a interpretação conforme a Constituição.[76]

A despeito de preferências de filiação a um ou outro fundamento específico, é fato que a interpretação conforme a Constituição mostra-se presente na jurisdição constitucional contemporânea em diversos países, mesmo em sistemas

---

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação 1.417, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 15/4/1988.

75 BITENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 91.

76 Por todos, recomenda-se leitura do estudo cuidadoso e detalhado sobre o tema apresentado no oitavo capítulo do trabalho de Luiz Silvio Maciel (Cf. MACIEL, Silvio Luiz. *Interpretação conforme a Constituição*. São Paulo: PUC-SP, 2008, 176p. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 102 e ss).

historicamente reticentes ao controle de constitucionalidade, a exemplo do modelo francês.[77] Nessa conjuntura, acredita-se que refletir sobre os limites dessa técnica de decisão e os problemas concretos, presentes e futuros, que o seu manejo implica é mais conveniente do que divagar sobre o passado e deter-se às origens da interpretação conforme. Assim, feitas essas considerações gerais, já é possível avançar ao tema de interesse particular deste artigo: os limites da interpretação conforme enquanto técnica de decisão em controle de constitucionalidade.

2 Limites à Interpretação Conforme a Constituição

Há uma concordância na doutrina sobre o fato de que a interpretação conforme a Constituição encontra limites tanto na expressão literal do texto interpretado quanto no significado normativo originalmente concebido pelo legislador.[78] Por meio da técnica de decisão em enfoque, o tribunal deve buscar interpretação conformadora, a fim de conservar a norma, mas sem ultrapassar as fronteiras hermenêuticas que derivam dessa norma: texto e concepção original. A propósito, convém invocar o magistério de Canotilho, que muito bem explica os limites da interpretação conforme:

> Este princípio deve ser compreendido articulando todas as dimensões referidas, de modo que se torne claro: (i) a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela; (ii) no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a *rejeição,* por inconstitucionalidade, dessa norma (= competência de rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais pelos juízes), proibindo-se a sua correcção pelos tribunais (= proibição de correcção de norma jurídica em contradição inequívoca com a constituição); (iii) a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve

---

77 Nesse país, a interpretação conforme é denominada declaração de conformidade à Constituição sob ressalva de interpretação (*conformité à la Constitution sous réserve d'interprétation*). Tal técnica é frequentemente empregada pelo *Conseil constitutionnel*, que indica as ressalvas estabelecidas na parte dispositiva de seus acórdãos. A doutrina indica que se trata de adoção de instituto inspirado nos modelos italiano e alemão, o qual está cada vez mais usual na França: "*Les décisions de conformité sous réserve sont des décisions de rejet mais assorties de réserves dont l'observation conditionne la constitutionnalité de la loi. Ces décisions auraient pu être des décisions d'annulation ; mais le Conseil constitutionnel, de plus en plus fréquemment, et suivant en cela ses homologues allemand et italien, préfère rendre les dispositions attaquées conformes à la Constitution par une interprétation constructive, neutralisante ou directive*" (Cf. FAVOREU, Louis; ROUX, André et al. *Droit constitutionnel*. 16. ed. Dalloz, 2014, p. 365).

78 BRANCO; MENDES. Ob. cit., p. 1275.

> afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendidos pelo legislador.[79]

Com efeito, a síntese formulada por Canotilho releva a importância de respeito dos limites da interpretação conforme a Constituição, para que tal mecanismo não seja desvirtuado. Ora, não se está a realizar "*delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria ou aperfeiçoamento da lei*",[80] tendo em vista que a "*alteração do conteúdo da lei mediante pretensa interpretação conforme à Constituição significa uma intervenção mais drástica na esfera de competência do legislador do que a pronúncia de nulidade*".[81] É nesse contexto que Rui Medeiros afirma que a admissibilidade de correção intrínseca da lei é mais atentatória à preferência legislativa do que o reconhecimento de uma inconstitucionalidade.[82]

No que toca à vontade do legislador como baliza da atividade interpretativa, Norberto Bobbio ensina que se trata de herança da escola da exegese francesa, que identificava o direito com a lei escrita. De fato, no contexto do século XIX, considerando que o único direito era aquele contido na lei, enquanto manifestação escrita da vontade do Estado, tornava-se natural conceber a interpretação normativa como a busca da vontade do legislador, nos casos de obscuridade ou lacuna, em que o significado não deflui do próprio texto legislativo.[83] Bobbio acrescenta ainda que a vontade do legislador distingue-se em real e presumida: a primeira decorre de investigação, notadamente histórica, sobre o objetivo pretendido pelo legislador, quando a lei que disciplina dada situação não é suficientemente clara; já a última é produto de integração do direito e resulta da

---

79 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 1993, p. 253.

80 Em sentido contrário, conferir Lenio Streck, para quem a interpretação conforme a Constituição permite não apenas redefinir o conteúdo do texto, mas também adaptá-lo à Constituição (Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 452).

81 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 216.

82 MEDEIROS, Rui. *A decisão de Inconstitucionalidade*: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica. 1999, p. 302-303.

83 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícones, 1995, p. 87.

aplicação de analogia ou princípios gerais, que revelam qual teria sido a opção legislativa se não houvesse omissão.[84]

Esse raciocínio tem grande relevância para a hermenêutica e inspira correntes de pensamento até os dias atuais, entretanto é preciso ter em mente que o momento constitucional que se vive é bastante diferente da era do Código Napoleônico. Talvez seja por isso, também, que atualmente não se confere, na prática, maior significado à intenção do legislador, quando a interpretação conforme se mostra possível dentro dos limites da literalidade do texto.[85]

A propósito das demarcações impostas pelo preceito normativo, invoca-se trecho de grande pertinência de Celso Bastos:

> (...) se exclui a possibilidade de que o intérprete da lei pretenda forçar uma interpretação que, não obstante em consonância com os termos constitucionais, viola a literalidade daquela, vale dizer, seja *contra legem*, com o que se cria uma verdadeira norma paralela, porque não extraível do texto da lei o conteúdo constitucional atribuído, erigindo-se o Judiciário à função de legislador positivo. É que o intérprete não poderá atribuir um significado à norma totalmente distante da letra desta, ou em inteira autonomia, desprezando por completo o que estiver preceituado. A interpretação não pode desvincular-se da norma posta.[86]

Dito isso, percebe-se que não é possível alterar o sentido objetivo da lei, sob o pretexto de fazer interpretação conforme a Constituição. Isso porque a expressão literal do preceito normativo é um dos pontos de partida dogmáticos a que se refere Ferraz Jr.,[87] e não é dado poder ao intérprete para ignorar premissas já estabelecidas. Em outros termos, Zeno Veloso afirma que o aplicador da norma não pode lhe atribuir "*um sentido contrário ao determinado na expressão do preceito, falseando ou contrariando os inequívocos objetivos do legislador*".[88]

---

84 O autor relembra que, posteriormente, a vontade da lei – em uma concepção objetiva que considera o conteúdo normativo da lei em si mesma, independentemente da intenção de seus autores – surge como contraposição à vontade do legislador – concepção subjetiva da vontade da lei focada no legislador que a criou historicamente (Cf. Ibidem, p. 87-88).

85 BRANCO; MENDES. Ob. cit., p. 1275.

86 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 273-274.

87 FERRAZ Jr.; Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 97-100.

88 VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 173.

De modo geral, a doutrina concorda com essa limitação formal à interpretação conforme, na medida em que ela se ajusta ao perfil kelseniano de legislador negativo da jurisdição Constitucional,[89] o qual deve balizar o sistema de controle de constitucionalidade. Resta saber se esse discurso é efetivamente implementado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3 Limites à Interpretação Conforme a Constituição na Jurisprudência do STF

Preliminarmente, registre-se que o Supremo Tribunal Federal reconhece os limites à interpretação conforme indicados pela doutrina. Nesse sentido, é emblemático o julgamento da Representação 1.417, relatada pelo Ministro Moreira Alves, cuja ementa dispõe:

> (...) O princípio da interpretação conforme a Constituição (Verfassungskonforme Auslegung) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.[90]

Assim, a Corte assume a impossibilidade de sua atuação como legislador positivo. Ocorre que, embora haja diversos outros precedentes[91] do Tribunal que ratificam essa orientação, verificam-se também muitos casos em que não se atenta para os limites – que de fato são imprecisos – entre a interpretação conforme delineada negativamente pelos sentidos literais do texto e a edição de decisão modificativa dos sentidos originais formulados pelo legislador.[92]

---

89 KELSEN. 2007. ob. cit., p. 263.

90 BRASIL. Ob. cit.

91 Nesse sentido, indicam-se, a título ilustrativo, os seguintes precedentes: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 737.185, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 18/12/2012; e Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 360.461, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 28/3/2008.

92 BRANCO; MENDES. Ob. cit., p. 1276.

Nesse cenário, analisam-se dois precedentes paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal em que a técnica de interpretação conforme a Constituição foi empregada de maneira peculiarmente surpreendente: i) O caso das uniões homoafetivas; e ii) o caso do aborto de fetos anencéfalos.

3.1 O Caso das Uniões Homoafetivas

No que diz respeito aos limites da interpretação conforme a Constituição, a equiparação entre uniões homo e heteroafetivas promovida pelo STF é bastante simbólica, pois a decisão da Corte conferiu sentido *contra legem* a preceito do Código Civil que reproduz norma constitucional.

Com efeito, o art. 1.723 do Código Civil brasileiro estabelece que "*é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*". Tal dispositivo regulamenta normas constitucionais acerca da proteção da família e praticamente reproduz o art. 226, § 3º, da Constituição, segundo o qual: "*Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*". Verifica-se, pois, que tanto a Constituição quanto o Código Civil reconhecem expressamente como união estável apenas a convivência pública e duradoura entre homem e mulher.

Nada obstante, a própria Constituição enuncia princípios incompatíveis com essa restrição, como o da proibição de preconceitos em razão de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF). Nesse âmbito antinômico, exsurge o problema social do não reconhecimento pelo Estado de uniões entre pessoas do mesmo sexo (uniões estáveis homoafetivas).

O Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição, foi instado a se manifestar sobre o tema em duas ações – Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 –, as quais foram conjuntamente julgadas em 5/5/2011, ocasião em que a Suprema Corte proferiu decisão assim ementada:

(...)

> A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros.
>
> (...)
>
> A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos.
>
> (...)
>
> Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.[93]

Depreende-se desse julgado que o STF legitimou o reconhecimento de uniões homoafetivas como entidades familiares, declarando que o Código Civil deve ser interpretado conforme a Constituição, no ponto em que restringe a proteção estatal das uniões estáveis aos casais heteroafetivos. Ademais, como a própria Constituição também possui texto literal – desde a redação originária (art. 226, § 3º) – em que reconhece como família apenas as uniões estáveis entre homem e mulher, o STF invocou interpretação sistemática da Lei Fundamental, para sustentar que seu objetivo é igualar homens e mulheres, e não discriminar relações entre iguais (pessoas do mesmo sexo). Em síntese, o Tribunal invocou princípios constitucionais e regras hermenêuticas para, a pretexto de fazer interpretação conforme, adotar orientação contrária a enunciado expresso do Código Civil e da própria Constituição.

Além disso, a Corte desconsiderou a relevância dos debates originários do art. 226, § 3°, da Constituição. Isso porque a discussão acerca da aprovação desse dispositivo durante a Assembleia Nacional Constituinte demonstra que a intenção

---

93 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 14/10/2011.

inequívoca do autor de sua redação final, Sr. Gastone Righi, era restringir o reconhecimento da união estável enquanto entidade familiar a vínculos entre homem e mulher.[94]

Destarte, ambos os limites tradicionais da interpretação conforme a Constituição – vontade do legislador e sentido literal do preceito normativo – foram desprezados no julgamento em questão.

3.2 O Caso do Aborto de Fetos Anencéfalos

Sobre a temática aqui abordada, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 é precedente do STF igualmente relevante, na medida em que a Corte utilizou a técnica da interpretação conforme a Constituição para suprir omissão legislativa reputada inconstitucional.

A propósito, é necessário ter em mente que o ordenamento jurídico brasileiro criminaliza a prática de aborto. Os arts. 124 a 126 do Código Penal tipificam tanto a conduta da gestante de autoaborto e de consentimento para o aborto como a de terceiro que realiza aborto com ou sem o consentimento da mãe. Entretanto, o art. 128 da lei penal prevê duas hipóteses em que a realização de aborto não é punida: i) aborto necessário, autorizado quando não há outro meio para salvar a vida da gestante; e ii) aborto no caso de gravidez resultante de estupro, permitido quando a gravidez é consequência de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou de seu representante legal, caso ela seja incapaz.

Ocorre que o avanço da medicina e o desenvolvimento de recursos tecnológicos permitem, atualmente, evidenciar a viabilidade de feto em formação, desde os primeiros meses de gravidez. É possível identificar, com alto grau de precisão, por exemplo, a malformação do cérebro que inviabiliza por completo a vida extrauterina (anencefalia).

A despeito de o Código Penal não ter legitimado a prática abortiva em tal situação, a Constituição previu o princípio da dignidade da pessoa humana como

---

94 BRASIL. Congresso Nacional. Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento “B”), p. 209. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/redacao.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2015.

norma intimamente ligada aos direitos fundamentais.[95] Nessa conjuntura, passou-se a sustentar que a proibição de a gestante interromper a gravidez nos casos de diagnóstico de inviabilidade de vida extrauterina do feto não seria compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a continuidade da gravidez seria conduta absolutamente inexigível da mãe.

Essa questão foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, que foi definitivamente apreciada em 12/4/2012, oportunidade em que o Órgão julgou procedente o pedido, para excluir do tipo penal do aborto a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. O acórdão restou assim ementado:

> ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.[96]

Desde então, existem três hipóteses em que a realização de aborto no Brasil não é punida: 1) aborto necessário; 2) aborto em gravidez decorrente de estupro; e 3) aborto de anencéfalo (aborto eugênico). Apenas as duas primeiras hipóteses, contudo, possuem expressa previsão legal, pois a terceira decorreu de orientação jurisprudencial com efeitos *erga omnes* e vinculantes. Em outros termos, o STF invocou a técnica da interpretação conforme a Constituição para legitimar o aborto de fetos anencéfalos, hipótese não contemplada pelo legislador como excludente de punibilidade.

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal não chegou a essa conclusão em julgamento unânime, pois o Ministro Ricardo Lewandowski assentou, em voto vencido, que:

> não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*,

---

95 SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 78 e ss.

96 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30/4/2013.

> mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.
>
> (...)
>
> Por todo o exposto, e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto eugênico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, julgo improcedente o pedido.[97]

Prevaleceu, contudo, o voto do Ministro Relator Marco Aurélio, no sentido de “declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada” no Código Penal brasileiro.[98]

De mais a mais, é importante consignar que referido acórdão foi proferido enquanto a questão era objeto de discussão no Congresso Nacional. Sobre o tema, o Projeto de Lei do Senado n. 50/2011[99] dispõe exatamente que não se pune o aborto no caso de feto com anencefalia, se é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Esse projeto de lei tem conteúdo idêntico ao entendimento do Judiciário, mas este Poder, por sentença aditiva, antecipou a resolução da controvérsia social, independentemente de deliberação legislativa.[100]

3.3 Por que essas decisões são problemáticas?

Se se aceita que a interpretação conforme a Constituição é técnica de decisão em controle de constitucionalidade que importa a exclusão de sentidos inconstitucionais e a atribuição de significado conforme a Lei Fundamental às

---

97 Ibidem.
98 Ibidem.
99 BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 50/2001. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99165>. Acesso em: 2 mar. 2015.
100 Consigne-se que, em reação à decisão do Supremo Tribunal Federal, a Senadora Maria do Carmo Alves apresentou, no Senado Federal, o Projeto de Lei n. 287/2012, o qual prevê detenção de três anos para gestante que interrompe ou permite que interrompam gravidez de feto anencéfalo e estipula pena de reclusão de três a seis anos caso a interrupção se dê sem o consentimento da gestante. Esse comportamento evidencia reação do Legislativo ao que pode ser considerada usurpação de competência pelo Judiciário, entretanto é difícil imaginar que este projeto de lei seja aprovado, mormente após a decisão do Supremo Tribunal Federal.

normas,[101] os julgamentos examinados revelam-se problemáticos. Isso porque o Supremo Tribunal Federal não se conteve em invalidar sentidos normativos. Tanto no caso das uniões homoafetivas como no do aborto de fetos anencéfalos, a Corte inseriu conteúdo que não decorre logicamente do enunciado da norma, chegando ao ponto de determinar interpretação *contra legem* no primeiro precedente.

Como visto anteriormente, um dos pressupostos da interpretação conforme a Constituição é a existência de pluralidade de sentidos da norma jurídica, pois, como adverte Canotilho, essa técnica só permite a escolha entre dois ou mais significados possíveis da lei, mas nunca uma revisão do seu conteúdo, já que ela não pode se traduzirna "*'reconstrução' de uma norma que não esteja devidamente explícita no texto*".[102]

É por isso que, ultrapassados os limites da hermenêutica, impõe-se uma efetiva declaração de inconstitucionalidade. A propósito, Zeno Veloso alerta que "*não pode o STF, deixando de agir como legislador negativo – o que é permitido –, atuar como legislador positivo – o que significaria usurpação*". Portanto, o autor propõe que, se a decisão "*implicar alteração no sentido e no alcance do preceito, a única solução possível está na eliminação de todo o dispositivo*".[103]

Nesse contexto, não se faz qualquer objeção a que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade de atos normativos que afrontam direitos fundamentais. Ao contrário, essa é a função contramajoritária da jurisdição constitucional. Entretanto, causa perplexidade que a Corte invoque o princípio da interpretação conforme a Constituição para promover adição de sentido que não se extrai do texto legal ou até mesmo colide com a literalidade do preceito normativo. Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi defendem que a adoção da interpretação conforme nesse sentido configura

> um meio juridicamente defeituoso para encontrar solução imediata a uma situação politicamente problemática, o caminho errado para chegar a uma decisão socialmente adequada. Mas o preço jurídico a ser pago é alto. O STF usurpa competência legislativa, desvirtuando a interpretação conforme para remediar omissão constitucional mediante criação judicial de norma faltante, em claro contraste com

---

101 SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 208.

102 CANOTILHO. Ob. cit., p. 1113.

103 VELOSO. Ob. cit, p., 163.

> os efeitos limitados das declarações de inconstitucionalidade legislativa.[104]

Há dois tópicos que devem ser motivo de alerta nos julgamentos apresentados: i) a incoerência entre o discurso e a prática no Supremo Tribunal Federal; e ii) o rompimento com o perfil histórico de Corte Constitucional como legislador negativo. Quanto ao primeiro ponto, o Tribunal ultrapassou as barreiras da interpretação conforme a Constituição, isentando-se de manter fidelidade ao histórico jurisprudencial da Corte ou, pelo menos, do ônus argumentativo de justificar a razão pela qual a orientação firmada no julgamento da Representação 1.417[105] não se aplicaria aos casos da união homoafetiva ou do aborto de fetos anencéfalos. Sobre o último, o STF afasta-se da função clássica do controle de constitucionalidade, arrogando postura ativista e normativista, mas sem assumi-la expressamente.

Nesse âmbito, é honesta a posição acolhida pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da APDF 54:

> não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.
>
> (...)
>
> o controle da constitucionalidade da legislação penal pré-constitucional (como é o caso do Código Penal, de 1940) pode impor à Corte a necessidade de adoção de uma interpretação evolutiva atualizadora dessa legislação em face da ordem constitucional de 1988, exigindo uma decisão interpretativa com efeitos aditivos, que ocorrerá *in bonam partem*, no caso em exame.[106]

---

104 DIMOULIS; LUNARDI. Ob. cit., p. 417.
105 BRASIL. 1988. Ob. cit.
106 BRASIL, 2013. Ob. cit.

Ainda que não se concorde com esse posicionamento, expor com clareza o novo perfil institucional que se abraça possibilita discussão sincera sobre os limites da jurisdição constitucional no Brasil.

Esclareça-se, mais uma vez, que o Supremo Tribunal Federal pode e deve efetivamente declarar a inconstitucionalidade de atos normativos atentatórios à Constituição e, mais especificamente, aos direitos fundamentais nela previstos. O que resta vedado é que a Corte, usurpando competência do Congresso Nacional, invoque raciocínio hermenêutico forçado para criar normas jurídicas independentes de textos legais.

Acerca do julgamento das uniões homoafetivas, George Marmelstein apresenta interessante estudo em prol do vínculo familiar entre pessoas do mesmo sexo e aduz que os autores "*que são simpáticos à causa dos homossexuais e, ao mesmo tempo, críticos da decisão do STF não podem se esquivar da discussão com a cômoda alegação de que a culpa é da assembléia constituinte*".[107] Essa afirmação é excessivamente simplista e chega a ser leviana com pessoas compromissadas com a teoria constitucional, pois não se refugia unicamente atrás da vontade do legislador para contestar a interpretação realizada. A expressão literal do preceito normativo é igualmente empecilho para a proclamação de decisão contra o significado unívoco do enunciado. Dito isso, não é razoável ler "dois homens ou duas mulheres" no texto onde consta "homem e mulher". Não se trata de sentido possível, que é uma das condições da interpretação conforme a Constituição.

É claro que não se está a defender, com isso, a discriminação negativa de homossexuais, que é insustentável e intolerável, porém a interpretação conforme a Constituição não é o bom caminho para a resolução desse conflito social.

Quanto ao aborto de fetos anencéfalos, impõem-se as mesmas ressalvas. A despeito de considerações pessoais em prol da liberdade da mulher, não é função da Justiça Constitucional inserir cláusula excludente de punibilidade no Código Penal, sob a alegação de realizar interpretação conforme a Constituição.

---

107 MARMELSTEIN, George. Jurisprudência arco-íris: comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das uniões homoafetivas. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 17. jan.-jun., 2011, p. 260.

Portanto, o expediente adequado em tais situações seria a declaração de inconstitucionalidade da lei, por omissão parcial do legislador.[108] No direito comparado, o desfecho a que se chegou em países como o Chile[109] e a França[110], onde as Cortes Constitucionais não agiram como legislador positivo, parece mais harmônico com a teoria da Constituição e com o princípio da separação dos poderes. No Brasil, dever-se-ia ter atentado para a existência de alternativa mais adequada.

Considerações Finais

Ao lume de todo o exposto, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos dos casos sobre uniões homoafetivas e aborto de fetos anencéfalos, promoveu manipulação da técnica de interpretação conforme a Constituição, para inserir norma que não pode ser deduzida do texto legal.

A análise desses precedentes demonstrou que foram ignorados os limites da interpretação conforme tradicionalmente indicados pela doutrina e historicamente reconhecidos pela jurisprudência da Suprema Corte: vontade do legislador e sentido literal do preceito normativo.

Em consequência, o Tribunal afastou-se do perfil clássico de Corte Constitucional enquanto legislador negativo e assumiu atribuições normativas de legislador positivo, por meio da proclamação de sentenças com efeitos aditivos e/ou modificativos do sentido da lei.

Essa constatação de abusos no emprego da interpretação conforme a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal causa repulsa, sobretudo porque ela apenas denuncia problema que é maior, mais grave e generalizado no Brasil: o ativismo judicial. Há diversos outros problemas no constitucionalismo nacional que

---

108 Pensa-se especificamente na declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (sem pronúncia de nulidade) como técnica imbuída de poder de censura contra a omissão do legislador (Cf. BRANCO; MENDES. Ob. cit., p. 1280-1281).

109 Ao examinar a questão, a Corte chilena simplesmente declarou a inconstitucionalidade da norma (Cf. CHILE. Tribunal Constitucional. Caso 1881-10, julgado em 3/11/2011. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_sentencia.php?id=2213>. Acesso em: 2 mar. 2015.).

110 No que interessa, o Conselho Constitucional afirmou não ter competência para suprir omissão legislativa (Cf. FRANÇA. Conseil Constitutionnel. Décision n. 2010-92 QCP, du 28 janvier 2011. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-pardate/decisi-ons-depuis-1959/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011.52612.html>. Acesso em: 2 mar. 2015.).

derivam desse fenômeno, como os relacionados à efetivação de direitos sociais e ao controle de políticas públicas pelo Judiciário, mas essas questões não são objeto deste limitado artigo, que se concentrou sobre o manejo da interpretação conforme a Constituição pelo STF.

Fato é que, mais do que refletir sobre as fronteiras da técnica de decisão aqui estudada, é preciso consolidar balizas para jurisdição constitucional de modo geral, a fim de evitar a ascensão de um governo de juízes onde o Supremo Tribunal Federal ocupe o posto de chefe, uma "Supremocracia".[111]

REFERÊNCIAS

ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio do 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra Editora, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BITENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícones, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Estudos Avançados,* vol. 18. n. 51. São Paulo .maio-ago, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento

---

111 Termo originalmente empregado em trabalho de Oscar Vilhena Viera (Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 441-464. jul./dez. 2008).

"B"). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/redacao.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2015.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 50/2001. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/mate-ria/detalhes.asp?p_cod_mate=99165>. Acesso em: 2 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 14/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30/4/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação 1.417, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 15/4/1988.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Lisboa: Almedina, 1993.

CHILE. Tribunal Constitucional. Caso 1881-10, julgado em 3/11/2011. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_sentencia.php?id=2213>. Acesso em:3 mar. 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo Código Civil e a interpretação conforme a constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Coord.) *O novo Código Civil*: homenagem ao Professor Miguel Reale.2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Interpretação conforme a constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto: problemas da aplicação judicial do direito constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, p. 403-425, maio/ago, 2014.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust*: a theory of judicial review. Cambridge: Harvard University, 1980.

FAVOREU, Louis; ROUX, André et al. *Droit constitutionnel*. 16. ed. Dalloz, 2014.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. Décision n. 2010-92 QCP, du 28 janvier 2011. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2010-92-qpc/decision-n-2010-92-qpc-du-28-janvier-2011.52612.html>. Acesso em: 3 mar. 2015.

HART, H. L. A. *The concept of law*. 3. ed. Oxford University, 2012.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit* : introduction à la science du droit. Trad. Henri Thévenaz. La Balconnière, 1953.

MACIEL, Silvio Luiz. *Interpretação conforme a constituição*. São Paulo: PUC-SP, 2008, 176p. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

MARMELSTEIN, George. Jurisprudência arco-íris: comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das uniões homoafetivas. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 17. jan.-jun., 2011.

MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHMITT, Carl. *Legality and legitimacy*. Durham: Duke University Press, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralidade judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191-210. jan./jun., 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VENTURA, Magda Maria. O estudo de caso como modalidade de pesquisa. *Revista da Sociedade de Cardiologia do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 5, p. 383-386, set./out., 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 441-464. jul./dez., 2008.

CAPÍTULO 5

TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA: CHEGAMOS A TER UM PRINCÍPIO JURÍDICO?

Rodrigo Chaves[112]

Resumo: O artigo dedica-se ao exame da transparência administrativasob diversos ângulos, acrescentando perspectivas incomuns à doutrina de direito administrativo. Visa amealhar argumentos na história e na teoria do direito para saber se é possível tratar a transparência administrativa como princípio jurídico. Para tanto, submete o preceito à verificação utilizando dois parâmetros de identificação de um princípio, reiteradamente desprezados na doutrina e na jurisprudência brasileiras: um deles é a existência de um conteúdo normativo apto a qualificar situações pelo código lícito/ilícito; o outro é a origem num padrão de conduta tradicionalmente admitido pela comunidade.Conclui-se que existe uma tradição jurídica que confere densidade normativa ao preceito de transparência, autorizando-se identificá-lo como princípio.
Palavras-chave: princípio; transparência; administração pública

Abstract: The article examines transparency in public administration in various ways, adding unusual perspectives to the doctrine of administrative law. It makes use of arguments from history and theory of law in order to discover if it is possible to treat transparency as a principle of law. To do so, the precept is checked by mean of two parameters for identifyinga principle, both repeatedly neglected in Brazilian doctrine and jurisprudence: the first one is the existence of a normative content able to qualify situations by the code legal/illegal; the other one is its origin in a pattern of conduct traditionally accepted by the community. In the end, it concludes that there is a legal tradition that gives normative density to the precept of transparency, what authorizesits identification as a principle.
Keywords: principle; transparency; public administration

Introdução

A sociedade deve saber quais softwares são adquiridos pelos órgãos de polícia? Mesmo se forem para exercício das atividades de inteligência?Os partidos políticos devem divulgar quem são os doadores indiretos que financiam as campanhas eleitorais?As sessões deliberativas do Comitê de Política Monetária(Copom) são abertas ao público assim como uma sessão da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal?O cidadão tem direito de ser informado em quais setores internos de um órgão tramitará um processo administrativo do qual é parte?

---

[112]Doutorando em direito público pela Aix-Marseille Université

Este artigo não se debruça sobre essas questões em particular, mas elas são representativas das inquietações que incitaram esta pesquisa.Suas respostas demandam a análise de muitos elementos. Existe, contudo, um tema que perpassa todos eles: a disciplina jurídica da transparência.

A falta de um código de direito administrativo que sistematize a matéria convida o pesquisador a compulsar normas esparsas a fim de extrair algumas racionalidades deste ramo do direito, ou se valer dos estudos de quem já o fez, ou as duas coisas. Embora muitas vezes pareça caótico, o direito administrativo se edifica paulatinamente com base em alguns preceitos razoavelmente estáveis, apresentados em qualquer manual como parte de um regime jurídico administrativo.

As páginas adiante passam longe de retomar a doutrina tradicional do direito administrativo e propõem um olhar diversificado sobre algumas faces da transparência.Pretende-seobservar elementos que precedem a criação de leis: fenômenos sociais do passado e do presente e algumas promessas de futuro. São enredos às vezes esquecidos na pesquisa dogmática, mas essenciais para uma compreensão mais completa do direito.

O panorama inclui a guinada do segredo para a transparência como padrão de conduta estatal, dentro de paradigmas históricos contrastantes. Demonstra-se ainda a conflituosidade do tema na época atual, ilustrada por expressões de insatisfação popular e por dificuldades enfrentadas por líderes políticos em diversos países.

Num momento posterior, submete-se a transparência administrativa ao crivo de dois parâmetros de identificação de um princípio jurídico frequentemente desprezados, tanto na doutrina quanto na jurisprudência: 1) existência de um conteúdo normativo apto a qualificar situações pelo código lícito/ilícito e 2) origem num padrão de conduta tradicionalmente admitido pela comunidade.

O objetivo dessa apuraçãoé evitar a sedutora adoção de um princípio geral de transparência com amparo num ideal desejável de administração transparente, como um valor a ser perseguido, critério que se entende frágil e maléfico à hermenêutica jurídica.

Ao fim, espera-se vencer obstáculos para responder com segurança ao questionamento: é possível falar em princípio da transparência administrativa?

O segredo como modelo antigo de condução dos negócios públicos

A transparênciana condução dos negócios públicos, hoje compreendida como componente essencial à legitimidade da autoridade estatal, não tem sido prestigiada desde sempre dessa forma. Com base na necessidade que os dirigentes políticos possuem de conservar boa reputação e condições convenientes de governabilidade,diversos pensadores que marcaram a história da ciência política legitimaram a doutrina a segundo a qual é preciso cultivar a habilidade de dissimular e guardar segredos.

Na República de Platão, atribui-se a Sócrates as ideias segundo as quais “se compete a alguém mentir,é aos líderes da cidade, no interesse da própria cidade, em virtudedos inimigos ou dos cidadãos; a todas as demais pessoasnão é lícito este recurso” (livro III) e “é possível que os nossos governantes se vejam obrigados a empregar largamente a mentira e o engano para o bem dos governados; e já afirmamos que tais práticas eram úteis” (livro V).

Os conselhos dados por Maquiavel em O Príncipe ainda hoje parecem ser seguidos quando políticos se esforçam para cuidar mais da aparência que dos deveres de seus cargos. O florentino diz que não é essencial que um príncipepossua determinadas qualidades, “mas é bem necessário parecer possuí-las”[113].

Montaigne, na mesma linha, retoma ensinamentos de outros intelectuais para concluir: “é necessário que muitas verdades sejam ignoradas do povo e que este acredite em muitas assertivas falsas” (volume I, livro II, capítulo XII). Em outra passagem dos seus Ensaios, afirma: “a prosperidade pública exige que os homens devam trair, mentir e massacrar” (Ensaios, volume II, livro III, capítulo I).

Pascal também registra uma tradição com a seguinte ênfase: “o mais sábio dos legisladores dizia que, para o bem dos homens, é preciso, muitas vezes, enganá-los”[114].

---

[113]MACHIAVEL, 1980, p. 160
[114] PASCAL, 1957, pp. 70-71.

No tratado Da sabedoria, Pierre Charron revela : “O que se faz em público é uma farsa, um fingimento, no privado e em segredo é que se encontra a verdade. [...] As ações públicas, às quais estamos atentos quando as fazemos, são célebres, como as façanhas de guerra, como dar opinião em um conselho, como reger um povo, ou conduzir uma embaixada.”[115]

O pensamento pró-segredo se vinculou mais diretamente ao antigo regime. A monarquia absolutista, na qual o soberano é a única fonte de poder político legítimo, negava ao súdito qualquer participação nos negócios públicos sob o argumento de “razão de Estado” – um artifício todo-poderoso, que chega ao ponto de autorizar o príncipe a infringir qualquer regra em nome de um interesse superior.[116]

Um exemplo forte dessa barreira contra cidadãos pode ser observado na França, pouco antes da Revolução de 1789, onde era considerado ilegal todo debate aberto, entre pessoas não expressamente autorizadas, sobre assuntos relativos à política governamental ou à ordem pública. Por esse motivo é que um historiador pôde, não sem razão, afirmar: “la politique absolutiste n’était pas une politique publique”[117].

A Revolução Francesa foi o evento que precedeu – pode-se mesmo dizer que desencadeou – a deposição de diversas monarquias ocidentais. Mas mesmo antes dela, o segredo dos reisdemonstrava crise, pois a opinião pública já rejeitava o fingimento. Pouco a pouco, a monarquia se via obrigada a negociar com seus opositores ecomunicar ao povo os motivos que justificavam suas decisões. Nos anos 1750, relata-se que o rei se mostrava dramaticamente incapaz de exercer sua autoridade, tamanha era a contestação que enfrentava.[118]

A bem da precisão, os valores proclamados como republicanos não são exclusivos das ex-monarquias. O rótulo de republicanos manteve-se pelo peso do conjunto de transformações operadas durante a Revolução Francesa que, simbolicamente, têm como eixo a virada do *Ancien Régime.* Na Inglaterra, entre 1720 e 1723, foram divulgados pelo *London Journal*influentes ensaios libertários

---

115CHARRON, 2011, local 2997.

116 DEWERPE, 1994, p. 74.

117 BAKER, 1987. p. 42.

118 BAKER, 1987. p. 41.

conhecidos como *Cato's Letters*. Retomando os ideais políticos de John Locke, essas cartas fincaram os fundamentos filosóficos da Revolução Americana. Por sua relevância histórica nos dois países, vale a pena revisitar um trecho:

> Publick truths ought never to be kept secrets; and they who do it, are guilty of a solecism, and a contradiction: Every man ought to know what it concerns all to know. Now, nothing upon earth is of a more universal nature than government; and every private man upon earth has a concern in it, because in it is concerned, and nearly and immediately concerned, his virtue, his property, and the security of his person.[119]

Registra-se que era impossível observar os jornais, livros e panfletos do período colonial americano sem perceber que as *Cato's Letters* eram a fonte de ideias políticas mais citada e prestigiadada época.[120]

No contexto de rupturacaracterístico do século das luzes, o segredo perde sua legitimidade como postura de governar. Não se especulava mais, da forma como era antes, sobre as trapaças e dissimulações normais a um príncipe, pois não se lhe permitia mais manter escondidas suas razões.[121]

A república instala de imediato um princípio geral de publicidade nos negócios públicos, sob o pressuposto de que eles dizem respeito a toda a coletividade. A informação passa a ser regra, o segredo, exceção.Atualmente, nos Estados ditos democráticos, seria difícil citar argumentos plausíveis a exaltar a opacidade como forma geral de administrar a coisa pública, porquanto fundados sobre a premissa segundo a qual o cidadão pode tomar parte do funcionamento de suas instituições.

Apesar dessa passagem paradigmática, a tensão entre segredo, transparência, reserva e publicidade está longe de se dissipar.

A transparência como reivindicação constante

Atualmente, não é difícil associar a transparência administrativa à própria essência do Estado democrático. No mundo inteiro, cidadãos exigem cada vez mais

---

[119] TRENCHARD; GORDON, online.

[120] MITCHELL, 2004, p.

[121] DEWERPE, 1994, pp. 77-78.

que os agentes públicos exponham a forma como atuam, como decidem, como utilizam os bens à sua disposição. Com efeito, não se pode negar a transparência como conquista da democracia, implementada graças a reivindicações sociais.

No cenário da União Europeia, o tema está em plena efervescência. Seus deputados, em sessão plenária do início de 2015, adotaram uma resolução que "observa que as questões relativas à transparência encabeçam uma vez mais a lista de inquéritos encerrados pelo Provedor de Justiça[122] (64,3 %) e que se verificou um aumento relativamente a 2012 (52,7 %)[123]".

Analisando movimentos políticos ao redor do mundo no século XXI, em especial no sul da Europa, Boaventura de Sousa Santos chama atenção paraa tentativa de preencher o vazio deixado pelos partidos tradicionais de esquerda, já que os mesmos não conseguiram resistir à imposição de uma política de austeridade pelo centro-norte do continente. As reivindicações sociais que ecoam em Portugal, Grécia, Espanha e Itália possuem diversas características comuns e afloram num contexto similar aos que originaram a primavera árabe e outros protestos no Brasil e Índia. Entre esses movimentos, ele cita o *Podemos* como um exemplo que canaliza a indignação das ruas da Espanha, apoiado em ideias como: "as pessoas não estão fartas da política, mas sim desta política"; "o ativismo político é importante, mas a política tem de ser feita com a participação dos cidadãos"; "a transparência e a prestação de contas têm de ser totais".[124]

No Brasil, um dos grandes catalisadores dos protestos populares de junho de 2013 foi o descontentamento causado pela falta de transparência do governo, notadamente representada pelas falsas promessas de que a copa do mundo de futebol seria custeada majoritariamente pela iniciativa privada. No que se refere à construção dos estádios (simbolicamente, a despesa mais relevante), a imprensa já vinha

---

[122] O Provedor de Justiça Europeu é a autoridade encarregada de receber queixas apresentadas por qualquer cidadão relativas a casos de má administração na atuação das instituições, órgãos ou organismos da União, com exceção do Tribunal de Justiça da União Europeia no exercício das suas funções jurisdicionais (art. 228 do Tratado de Roma sobre o Funcionamento da União Europeia: UNIÃO EUROPEIA, online).

[123] UNIÃO EUROPEIA, 2015.

[124] SANTOS, 2014.

anunciando a realidade que se desenhava: no fim das contas, o poder público arcou com 83,09% (R$ 6,9 bilhões) do total gasto em obras.[125].

Sem dúvida alguma, a transparência administrativa é um assunto ainda em voga, não só no campo da aplicação prática como também no plano teórico. No cotidiano dos órgãos públicos, os contextos específicos onde a luz deve penetrar restam como objeto de fortes discussões.

A transparência como eterna promessa

A consciência de que os governantes são mandatários do poder político titularizado pelo povo conduz a opinião pública a condenar o segredo, fenômeno que explica a previsibilidade dos discursos oficiais em relação a esse assunto: todos os partidos políticos de matriz minimamente democrática se proclamam a favor de uma política geral de transparência.

Nos Estados Unidos, desde o lançamento do projeto *Open Government Initiative* em 2009, a administração do presidente Barack Obama se dizia engajada no esforço de “criar um nível sem precedente de transparência e abertura do governo”[126]. A iniciativa estabelece o compromisso de todos os órgãos públicos a trabalhar com os cidadãos de maneira transparente, participativa e colaborativa, afirmando que“há bastante tempo, o povo americano tem convivido com a cultura do segredo em Washington”[127].

Quatro anos depois, o pacto pela transparência parecia um compromisso falso. A confiança no governo havia sido gravemente abalada pelas denúncias feitas por Edward Snowden de uma política de espionagem em massa na vida privada de cidadãos comuns, desvinculada de razões de defesa contra o terrorismo – como autorizava o Patriot Act. Durante uma entrevista coletiva de imprensa em agosto de 2013, convocada para apresentar explicações aos fatos, as palavras de Obama

---

[125]RIZZO; PASSOS, 2015.

[126]ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, online a.

[127]ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, online b.

continham uma ponta de confissão: “eu determinei à minha equipe de segurança nacional que seja mais transparente e promova reformas em nossas leis e práticas”[128].

Em mensagem oficial endereçada aos órgãos constitucionais franceses, em 2015, o presidente François Hollande anunciou que os pareceres do Conselho de Estado – órgão de consultoria jurídica a serviço do Executivo e também instância de cúpula da justiça administrativa – passariam a ser todos públicos. Até então, esses documentos, que incluem posicionamentos sobre projetos de lei, só eram publicados com autorização do governo. Rompeu-se uma longa tradição de segredo enfatizando o discurso de que o país estava avançando o máximo possível no quesito transparência[129]. Na mesma oportunidade, Hollande aludiu à necessidade de tornar mais clara a elaboração de leis e regulamentos, levando em consideração, entre outras coisas, o peso dos lobbies[130].

No seu discurso de posse para o segundo mandato, em janeiro de 2015, Dilma Roussef avaliou que “nunca as instituições foram tão fortalecidas e respeitadas e nunca se apurou e puniu com tanta transparência a corrupção”, constatou que “o povo brasileiro quer ainda mais transparênciae mais combate a todos os tipos de crimes, especialmente a corrupção” e concluiu dizendo: “eu não tenho medo de encarar estes desafios”[131]. Sua mensagem remete ao contexto muito particular em que se encontra seu partido, com vários membros condenados e outros tantos investigados por desvio de dinheiro público, em casos de esquemas grandiosos de criminalidade organizada, não detectados pelos órgãos de controle interno da administração.

Ao menos no plano normativo, o Partido dos Trabalhadores parece ter se dedicado a erigir uma ampla disciplina da transparência, o que pode ser percebido pela edição dos seguintes decretos:

- O Decreto 7.724/2012 (que regulamenta a Lei 12.527) dispõe separadamente sobre condutas de transparência ativa (de divulgação

---

[128]OBAMA, Barack, 2013.

[129]BEYTOUT, Nicolas, 2015.

[130] MALLET, C., 2015.

[131]ROUSSEF, Dilma, 2015.

permanente de informações de interesse público) e passiva (referentes ao tratamento de demandas dos cidadãos);

- O Decreto de 15 de setembro de 2011 institui o Plano de Ação Nacional sobre Governo Aberto, contemplando "iniciativas, ações, projetos, programas e políticas públicas" voltados, em primeiro lugar, para o "aumento da transparência";
- O Decreto de 8 de julho de 2011 convoca a 1ª Conferência Nacional sobre Transparência e Controle Social, evento realizado pela Controladoria-Geral da União para que representantes de órgãos públicos e da sociedade civil discutissem o tema "A sociedade no acompanhamento e controle da gestão pública";
- O Decreto 5.482/2005 inaugura o Portal da Transparência do Poder Executivo Federal (www.portaltransparencia.gov.br), para veicular dados e informações detalhadas sobre a execução orçamentária e financeira da União;
- O Decreto 4.923/2003 cria o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, tendo como objetivo "sugerir e debater medidas de aperfeiçoamento dos métodos e sistemas de controle e incremento da transparência na gestão da administração pública".

A transparência como princípio jurídico

A publicidade, elencada na Constituição brasileira como princípio cardeal da Administração, pode ser tomada como instrumento de um amplo regime jurídico de transparência, composto ainda por outros mecanismos como motivação dos atos, acesso à informação, órgãos de controle, petição, habeas data, audiências públicas,lei de processo administrativo etc.

O Brasil não possui um código de direito administrativo e seu texto constitucional não contemplou a transparência como princípio expresso. Isso não impediu muitos autores de costurar a defesa de um princípio geral de transparência administrativa a partir da compilação de diversas leis que a regulam ou ainda do pressuposto de que ela é um valor moral a ser perseguido.

Propõe-se discutir um pouco mais esse último argumento. A pressuposição de um ideal de administração transparente teria o condão de transformá-lo em princípio jurídico? Felizmente, não é tão simples assim.

A validade jurídica de um princípio não deve ser verificada pela ótica de uma aspiraçãosupostamente generalizável. Um princípio precisa ser identificado com uma tradição, um modo específico de a comunidade política se conduzir. Não se sustenta a atribuição do rótulo de princípio jurídico a qualquer valor moral desejável pelo intérprete do ordenamento, com o objetivo corrigir imperfeições legais. Esse é o expediente utilizado indiscriminadamente por muitos juízes no Brasil que, pragmaticamente, resolvem casos concretos nomeando novos princípios, como a dar conselhos. Sendo norma jurídica, um princípioopera segundo o código lícito-ilícito[132] advindo de um padrão construído historicamente.

Esses critérios fazem parte da crítica desenvolvida por Lenio Streck ao fenômeno do pamprincipiologismo, uma consequência de correntes que compreendem o princípio como mandado de otimização e acabam por enfraquecer sua normatividade[133].

Voltando-se agora para o fato de que diversas leis estatuem regras de conduta administrativa transparente, isso sim dá indícios de que se está a tratar de um princípio jurídico, mas não se trata de induzir proposições gerais a partir de proposições particulares. A diferença é sutil.

Quando um intérprete do direito extrai um princípio a partir de um punhado aleatório de regras específicas, ele reduz a carga impositiva que havia nelas para tentar abarcar a mesma lógica em outras situações não positivadas. Um princípio não decorre da criatividade do intérprete.

Diferentemente, toma-se como objeto de observação a existência regras similares espalhadas por contextos distintos, indicando um padrão de conduta aceito, o qual as regras mais recentes trataram apenas de reproduzir. Aqui é possível que se

---

[132] Para mencionar apenas um exemplo de enunciado que não resiste à verificação de código lícito/ilícito, tome-se o caso do muito popular“princípio da função social da empresa”. Sem qualquer conteúdo normativo próprio, ele pode ser invocado para fundamentar decisões em qualquer sentido. A respeito, ver RICCI,Henrique Cavalheiro (2012).

[133]STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 538-539.

esteja diante de uma tradição jurídica, segundo a qual uma conduta pode ser considerada imediatamente lícita ou ilícita mesmo sem estar descrita em lei.

Perceba-se que não se trata de uma distinção baseada simplesmente na quantidade de normas, tampouco na sua antiguidade.

Entende-se que a transparência atende aos parâmetros de validade para ser tomada como princípio geral de direito administrativo. Os critérios aqui levantadosnão são os únicos, mas talvez os mais problemáticos.

A imposição de conduta transparente ao Estado remonta à tradição republicana, a qual inverte totalmente o modelo monárquico: outrora, a administração pertencia ao rei, titular da soberania em face dos servos; na república, os agentes estatais é que são servidores a mando do poder do povo e o aparelho estatal está a serviço deste povo.Esse rompimento está consagrado em leis que garantem a abertura do Estado à fiscalização de todos, resultado de pressões sociais para adequação da máquina pública aos preceitos republicanos.

A densidade normativa do princípio da transparênciapermite aduzir: são ilícitas as condutas dos agentes públicos que impeçam os cidadãos de: conhecer todos os expedientes e motivos referentes à ação administrativa, bem como seus desdobramentos e resultados e acessar informações de interesse público em poder da administração.

Conforme já ditocom apoio na doutrina de Lenio Streck, os princípios jurídicos estabelecem o padrão lícito/ilícito. Seguindo com esse raciocínio, uma conduta contrária à transparência só seria válida se legitimada por outra norma mais específica (critério hermenêutico da especialidade)[134], que determinasse situações de exceção.

---

[134] Streck (2010) defende a utilização de critérios clássicos de resolução de conflitos de normas, criticando o recurso da ponderação de princípios, o qual fulmina qualquer esforço de limitar a discricionariedade de juízes.

A preocupação é compartilhada por outros teóricos e assim sintetizada por Garcia Medina (2013): "Minha maior preocupação está na prática, que vem se tornando bastante difundida, consistente em atribuir a algo a natureza de princípio para ponderá-lo com outro (?) princípio. Segundo esse modo de proceder, bastaria, no início de uma argumentação, chamar, v.g., preclusão de princípio, e, pronto!, isso autorizaria a 'ponderação' do 'princípio da preclusão' com outros 'princípios'... Essa é uma atitude perigosa, pois pode ser usada como estratégia para se decidir contrariamente ao Direito."

É o que acontece no caso das atividades estatais incompatíveis com a publicidade. Negociações internacionais, planos de defesa, medidas de segurança pública, investigações e tratamento de informações relativas à intimidade das pessoal são alguns dos exemplos onde a discrição e o segredo se impõem como regra geral de conduta. Para essas circunstâncias, o sistema normativo cuida de prescrever sanções àquele que divulga informações indevidas. Essa lógica de regulamentação também conduz à reflexão: a ausência de normas limitando o acesso dos cidadãos às informações, rotinas, espaços e atividades da administração implica na suposição de um regime de abertura, publicidade e transparência?

O fato de não se poder detalhar de que forma o Estado deve dar execução ao princípio da transparência em cada caso não diminui sua densidade normativa. Se o cidadão pode acessar as informações públicas pela internet, telefone, correios ou buscando documentos pessoalmente, isso não invalida o preceito de que ele tem direito a elas.

Conclusão

A transparência é sem dúvida uma marca visada pelas administrações públicas modernas, que buscam valorizar sua imagem perante a comunidade na qual precisa se legitimar.

Contudo, o exame superficial das leis administrativas leva frequentemente os agentes públicos a um estado de insegurança que repercute negativamente em seu comportamento. Na dúvida sobre o sigilo ou a transparência, é comum que adotem a postura de tratar a coisa pública com reserva e discrição, o que pode acabar dificultando o exercício de direitos.

O domínio do segredo na administração se relaciona diretamente à eficácia da proteção de certos direitos (segurança pública, intimidade, privacidade, propriedade industrial etc.). A necessidade de proteção de informações sensíveis impõe a prescrição de sanções ao agente público que as divulga indevidamente.

A transparência absoluta dos negócios públicos é uma ideia indesejável. De toda forma, seria conveniente traçar limites bem definidos para a zona escura de atuação do Estado, deixando neste espaço apenas as atividades que dependem do

segredo para a própria proteção das liberdades e direitos do povo. Parece que não temos debatido isso suficientemente.

Se é admitida a validade de um princípio geral de transparência a dirigir a administração pública, essa discussão conta com um argumento robusto. Com efeito, assumir que existe um princípio jurídico da transparência significa dizer que somente outra norma jurídica, dirigida a situações específicas, poderia legitimar uma conduta não transparente da administração.

Percebe-se que ordenamento jurídico está direcionado para a conclusão de que a ausência de um estatuto específico de sigilo implica na vigência do regime regal de transparência.

Além disso, os exames teóricos aqui empreendidos autorizam a conclusão de que o princípio da transparência administrativa ostenta tanto uma tradição histórica como uma densidade normativa própria, devendo, portanto, ser assim reconhecido por todos.

Referências

BAKER, Keith Michael. Politique et opinion publique sous l'Ancien Régime. In: Annales. Économies, Sociétés, Civilisations. Ano 42, n. 1, 1987. doi : 10.3406/ahess.1987.283368P.

BEYTOUT, Nicolas. Moins d’Etat pour plus de transparence. L’Opinion. 20 jan 2015. Disponível em <http://www.lopinion.fr/20-janvier-2015/moins-d-etat-plus-transparence-20514> Acesso em 2 fev 2015

CHARRON, Pierre. De la sagesse, trois livres. Edição Kindle, 2011.

DEWERPE, Alanin. Espion : une anthropologie historique du secret d’État contemporain. Éditions Gallimard. 1994, p. 74.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Open Government Initiative. Disponível em <http://www.whitehouse.gov/open> Acesso em 13 fev 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Open Government Initiative: About Open Government. Disponível em <http://www.whitehouse.gov/open/about> Acesso em 13 fev 2015.

MACHIAVEL, Nicolas. Le prince. Paris, Flammarion, 1980, p.160

MAIGNIEN, Yannick. Source et fuites : du sens des flux de données numériques. Sens publique. Out 2012, Disponível em <http://www.sens-public.org/IMG/pdf/SensPublic_YMaignien_Source_et_fuites.pdf> Acesso em 16 jan 2015. ISSN 2104-3272

MALLET, C., Hollande aux corps constitués : la loi, l'Etat, la transparence, le fonctionnaire et le citoyen... 20 jan 2015. Disponível em <http://www.localtis.info/cs/ContentServer?pagename=Localtis/LOCActu/ArticleActualite&jid=1250268313210&cid=1250268313033> Acesso em 2 fev 2015

MEDINA, José Miguel Garcia. Afinal de contas, o que é um princípio jurídico? Consultor Jurídico. 26 ago 2013.Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-ago-26/processo-afinal-contas-principio-juridico> Acesso em 9 mar 2015

MITCHELL, Annie. A Liberal Republican “Cato” in: American Journal of Political Science. vol 48. 3 ed: Blackwell Publishing , 2004. doi:10.1111/j.0092-5853.2004.00089.x

OBAMA, Barack. Remarks by the President in a Press Conference.9 ago 2013. Disponível em <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/08/09/remarks-president-press-conference> Acesso em 13 fev 2015

PASCAL, Blaise. Pensamentos. Trad. Sérgio Millet. São Paulo : 1957

RICCI, Henrique Cavalheiro.Função social da empresa é valor e não norma jurídica. Consultor Jurídico. 25 dez 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-out-25/henrique-ricci-funcao-social-empresa-valor-nao-norma-juridica>. Acesso em 9 mar 2015

RIZZO, Marcel; PASSOS, Paulo. Iniciativa privada bancou 17% dos estádios da Copa do Mundo. Folha de São Paulo. 7 jan 2015. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/esporte/2015/01/1571494-iniciativa-privada-bancou-apenas-7-dos-estadios-da-copa-do-mundo.shtml> Acesso em 13 fev 2015

ROUSSEF, Dilma. Íntegra do discurso de posse da presidente Dilma Rousseff no Congresso. 1 jan 2015. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/480013-INTEGRA-DO-DISCURSO-DE-POSSE-DA-PRESIDENTE-DILMA-ROUSSEFF-NO-CONGRESSO.html> Acesso em 15 fev 2015

SANTOS, Boaventura de Sousa. Boaventura examina a "onda Podemos". Outras Palavras (Blog do site Carta Capital). 18 nov 2014. Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/blogs/outras-palavras/boaventura-examina-a-201conda-podemos201d-6742.html> Acesso em 2 fev 2015

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? Revista NEJ - Eletrônica, vol. 15, n. 1, jan-abr 2010, p. 158-173, ISSN Eletrônico 2175-0491. Disponível em <http://www6.univali.br/seer/index.php/%20nej/article/viewFile/2308/1623> Acesso em 15 fev 2015

TRENCHARD, John; GORDON, Thomas.Cato's letters, or Essays on liberty, civil and religious, and other important subjects. n. 38. Disponível em <http://classicliberal.tripod.com/cato/letter038.html> Acesso em 8 mar 2015.

UNIÃO EUROPEIA. O Provedor de Justiça Europeu. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.3.16.html> Acesso em 8 mar 2015

UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de janeiro de 2015, sobre o Relatório Anual do Provedor de Justiça Europeu relativo a 2013. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0009+0+DOC+XML+V0//PT> Acesso em 8 mar 2015

CAPÍTULO 6

NEOCONSTITUCIONALISMO: Uma análise conceitual

Marcus Firmino Santiago[135]

Resumo:O termo neoconstitucionalismo, utilizado especialmente pelas teorias jurídicas italiana e espanhola, foi importado e incorporado à semântica do Direito brasileiro já há mais de uma década. O tempo passado, contudo, não foi suficiente para dirimir algumas dúvidas acerca de seu conteúdo e amplitude, mostrando-se um termo plurissignificativo. Daí a relevância de retomar a apreciação de debates referentes à origem e aos fundamentos que acompanham esta teoria, cuja atualidade e pertinência seguem vivas, seja pela sua reiterada menção em estudos e julgados, seja pela sua capacidade de fornecer base suficientemente sólida para se compreender e aplicar o Direito atual.
PALAVRAS CHAVE: Neoconstitucionalismo; Teoria constitucional; Direito fundamentais.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Já há mais de 50 anos o constitucionalismo ocidental vem sendo compreendido a partir de uma perspectiva conceitual e prática diferente daquela que, em sua origem, era dominante. Em fins do Século XVIII, vicejavam as ideias antiabsolutistas, pautadas em concepções liberais que miravam a realidade estatal vigente e buscavam reescrever as forma de relação entre Estado e sociedade.

Neste contexto, o Direito logo adquiriu especial relevância, ganhando espaço as concepções teóricas que enxergavam nele o melhor mecanismo para definir, de forma clara, objetiva e estável, os parâmetros de ação e limites ao poder dos governantes. E coube à teoria norte-americana colocar em prática as propostas de Montesquieu, afirmando as Constituições como espaço para positivação do Direito Natural, das normas básicas de organização da vida em sociedade.

A partir da experiência norte-americana, formada já no momento da declaração de independência e replicada na Revolução Francesa, rapidamente

---

[135]Possui Doutorado em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho (2008), mestrado em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (2004) e graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2001). É professor e pesquisador do curso de Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Lidera, ainda, o grupo de pesquisa Crítica à Teoria do Estado. É também Coordenador Adjunto no curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e Direito do Estado, atuando principalmente nos seguintes temas: Jurisdição e Processo Constitucional, Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais e Teoria do Estado.

disseminou-se a noção de que as Constituições funcionam como momento fundante, materializando a vontade social criadora que origina e estrutura o Estado. Com o advento do constitucionalismo, opera-se a definitiva submissão do poder político ao sistema jurídico, consolidando a ideia de primado do Direito.

A principal tarefa outorgada às Constituições foi, portanto, organizar e controlar o poder político estatal, definindo os limites de ação dos governantes. Com este mesmo propósito eram definidos os direitos fundamentais (prioritariamente voltados à garantia da liberdade individual), concebidos segundo a perspectiva enunciada por John Locke, ou seja, barreiras à ação política, freios para o poder.

A evolução da realidade social impôs mudanças às Constituições e, naturalmente, à teoria constitucional. O mundo pós Segunda Guerra trazia desafios diferentes a serem enfrentados pelo sistema jurídico, o que colocou em uma dimensão diferenciada o debate sobre os direitos fundamentais. A teoria do neoconstitucionalismo se desenvolve neste contexto, tendo como horizonte referencial a necessidade de ressignificar as Constituições face às transformações operadas em seu conteúdo e suas bases conceituais.

Adquire especial relevo, neste contexto, o sistema de direitos fundamentais, cuja inscrição nos textos constitucionais representa a positivação da pauta de valores sociais, em um processo de reaproximação entre Direito e moral, que tem por consequência a atribuição de um status diferenciado a estes direitos. De fato, as Constituições contemporâneas têm nos direitos fundamentais seu alicerce estruturante e esta característica afeta todo o processo de compreensão e aplicação de seu texto, conferindo a seus destinatários a responsabilidade de lhes garantir efetividade.

O presente trabalho analisa a teoria constitucional contemporânea, destacando seus aspectos característicos na busca por compreendê-la a partir de referenciais objetivos, em um estudo sistemático dos principais autores que se debruçam sobre o tema. Espera-se, com isso, aclarar as bases conceituais necessárias à compreensão do papel que o Estado precisa cumprir perante a sociedade em um contexto no qual os direitos fundamentais ostentam um status central e decisivo para a aplicação constitucional.

1 ORIGEM DO DEBATE

O termo *neoconstitucionalismo*, que intitula este estudo, pode ser considerado como plurissignificativo, na medida em que serve tanto para designar a Teoria Constitucional que se desenvolve no pós Segunda Guerra quanto uma nova compreensão acerca da Teoria do Direito e da Filosofia Jurídica. Para Alfonso García Figueroa, a este significante se tem agregado sentidos que permitem agregar sob seu rótulo um conjunto de teorias que têm proporcionado “(...) una cobertura iusteórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas.”[136]

Neoconstitucionalismo é palavra utilizada por vários autores para designar todo um sistema de pensamento jurídico que se espalha pela Teoria Constitucional, Teoria do Direito e Filosofia Jurídica, sempre a partir de uma raiz comum: um novo paradigma constitucional, impregnado de elementos valorativos, que impõe a reaproximação entre Direito e Moral. Com isso, permite a compreensão dos fenômenos jurídicos sob um prisma diferente, rompendo em definitivo com o formalismo positivista.

Em texto de Paolo Comanducci encontra-se uma tentativa de sistematizar estas diferentes compreensões autorizadas pelo termo neoconstitucionalismo, falando, o autor, em *neoconstitucionalismo teórico* - quando este se refere à Teoria do Direito; neoconstitucionalismo ideológico - sobre sua vertente ligada à Jusfilosofia e a aproximação entre Direito e Moral; e *neoconstitucionalismo metodológico* - quanto à nova dimensão assumida pela Teoria Constitucional.[137] No presente trabalho prioriza-se a apreciação das teorias neoconstitucionalistas que mais se aproximam desta última acepção, sendo certo, contudo, que algumas incursões nas demais searas são inevitáveis dadas as óbvias raízes comuns às três vertentes.

No plano dos estudos constitucionais, os teóricos do neoconstitucionalismo vêm se debruçando sobre os sistemas erigidos nos anos seguintes ao término da Segunda Guerra Mundial, momento em que se operou

---

136 Figueroa, Alfonso Garcia. La Teoria del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo. in Carbonell, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo*(s). 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 164-165.

137 Comanducci, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. in Carbonell, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo*(s). 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 82-87.

alteração substancial nos rumos no Direito, entrando em cena, com toda a força, a necessidade de garantir a integridade de novos direitos fundamentais e da democracia. Este movimento conta com a participação preponderante de autores europeus, notadamente espanhóis, italianos e alemães (embora não se encontre termo que se possa traduzir por *neoconstitucionalismo* na literatura destes últimos), que buscam explicar e conceituar as mudanças acima enunciadas, verificadas na estrutura e no conteúdo das Constituições.

Sanchís identifica no neoconstitucionalismo:

> (...) la forma de organización política que se viene abriendo paso en Europa desde mediados del siglo pasado; por tanto, un modelo histórico que, como tal, no reúne en todas sus manifestaciones unos elementos de absoluta uniformidad, pero, a mi juicio, sí unos rasgos generales compartidos que permiten hablar de algo diferente, no radicalmente nuevo pero sí diferente a lo que pudo representar el Estado de Derecho decimonónico.[138]

A presença norte-americana neste debate também se faz sentir, muito embora esta se encontre adstrita, prioritariamente, às vertentes identificadas com a Teoria e a Filosofia do Direito (neoconstitucionalismo teórico e ideológico, na classificação de Comanducci, onde se pode enquadrar, por exemplo, a obra de Ronald Dworkin), pouco se manifestando acerca da Teoria Constitucional.

A centralização do debate acerca do neoconstitucionalismo metodológico no continente europeu não é de se estranhar na medida em que muitos dos traços marcantes deste novo arquétipo constitucional são importados da tradição norte-americana e sua certeza de que a Constituição deve ser compreendida como uma garantia para a sociedade. Segundo Sanchís, “La novedad (...) es la convergencia de dos tradiciones constitucionales lo que permite concebir a la Constitución simultáneamente como un límite o garantía y como una norma directiva fundamental.”[139]

O apoio em semelhante convicção abre espaço para que o papel das Constituições seja redefinido: perde destaque sua função de justificar e organizar o poder estatal e controlar as forças políticas em prol do seu reconhecimento como espaço protetivo dos interesses comuns e materializador de direitos fundamentais.

---

138 Sanchís, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 107.

139 Sanchís, Luis Prieto. El Constitucionalismo de los Derechos. in Carbonell, Miguel. (org.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007. p. 214.

Sendo certo que, em vários aspectos, semelhante forma de pensar a Constituição está longe de ser algo novo para os norte-americanos, fácil fica compreender porque estes preferem concentrar seus esforços em temas mais candentes naquele país, como as diferentes dimensões do Positivismo Jurídico na Teoria do Direito, por exemplo.

Embora se mostre, em grande parte, como um olhar para o passado, por cujo intermédio pensadores contemporâneos do Direito se esmeram em perscrutar mudanças na ordem jurídica por vezes consolidadas há algumas décadas, no seio do neoconstitucionalismo têm sido elaboradas teses imprescindíveis à compreensão da realidade ainda vivenciada em boa parte do mundo ocidental. Como sustenta Menelick de Carvalho Netto, “(...) constitucionalismo se faz em concreto e depende da vida, da cultura, da tradição”,[140] donde uma corrente de pensamento que se propõe a explicar uma realidade cultural, social, política e historicamente construída não é algo que deveria causar estranheza ou arrepios. E maior relevância se agrega a este estudo quando se percebe que os elementos basilares deste modelo estão plasmados na atual Constituição brasileira, que tem nos direitos fundamentais seu sustentáculo e se propõe a funcionar como fundamento para estruturar um novo modelo estatal, no qual a participação democrática seja uma realidade.

Desta feita, o conceito atribuído às Constituições contemporâneas por juristas como Luis Prieto Sanchís, Miguel Carbonell, Riccardo Guastini ou Luigi Ferrajoli, merece ser esmiuçado. São teses que contribuem para se compreender o papel desempenhado pelos direitos fundamentais na vida social, propiciando maior grau de participação democrática em sociedades onde impere o respeito às diferenças e à pluralidade.

2. TRAÇOS DISTINTIVOS DA TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

Embora não haja uma perfeita uniformidade entre as Constituições do mundo ocidental - o que, dadas as naturais diferenças existentes entre os povos e culturas, mais do que esperado, é algo mesmo desejável - existem algumas

---

140 Carvalho Netto, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum. n. 1, mar. 2001. p. 18.

características que se fazem presentes, em maior ou menor grau, nos textos nascidos após a Segunda Guerra, frutos de uma diferente matriz conceitual que passa a informar a Teoria Constitucional.

O constitucionalismo que ganha corpo a partir deste momento histórico (primeiramente no continente europeu, nas décadas seguintes também em diversos países da América Latina e, no Brasil, com a Constituição de 1988) se funda em novos referenciais, adquirindo, as Constituições, um papel de relevo até então pouco conhecido. Os direitos fundamentais alcançam posição cimeira na ordem jurídica, figurando como condição para convivência na sociedade plural e participação nos espaços públicos de debate, com o que se configuram como requisitos para a própria democracia e, consequentemente, fonte de legitimidade para o sistema constitucional.[141]

É possível coligir alguns traços distintivos que gravam a teoria do neoconstitucionalismo de modo a permitir uma melhor compreensão do fenômeno. Antes de se passar a eles, contudo, cumpre trazer uma breve advertência: nas características a seguir apresentadas encontra-se uma tentativa de sistematizar esta vertente da Teoria Constitucional, a qual, por seu turno, como toda tese com pretensões de universalidade, não abarca as peculiaridades que podem ser identificadas nos variados sistemas jurídicos vigentes. Ademais, mesmo entre os autores que se debruçam já há tempos sobre o tema parece estar longe o consenso acerca de sua estruturação teórica, restando viva a chama do debate e, consequentemente, sua atualidade.[142]

2.1. Rematerialização - positivação da pauta de valores sociais fundamentais

Se, em sua origem, a principal utilidade das Constituições era delimitar os campos de atuação do poder soberano, garantindo as liberdades individuais contra toda forma de arbítrio, na contemporaneidade espera-se delas muito mais. Limitar o legislador, estabelecendo os modos para produção do Direito, é apenas um dos papéis

---

141 Habermas, Jürgen. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? in *Era das Transições*. Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 171.

142 É importante destacar que a teoria do neoconstitucionalismo não reina sozinha no cenário jurídico atual, podendo ser identificadas variadas críticas a seus pontos centrais, o que contribui para manter vivo salutar debate acerca dos rumos do constitucionalismo.

conferidos aos textos constitucionais, ao qual se somam as tarefas de regular a vida em sociedade, assegurar a integridade dos direitos fundamentais, possibilitar a participação dos indivíduos nos espaços públicos institucionais e fornecer condições para convivência harmônica entre os diversos grupos sociais que se reúnem sob um mesmo governo.[143]

O espectro dos direitos reconhecidos como fundamentais, por seu turno, não mais pode ser limitado aos direitos de liberdade dos cidadãos face ao Estado, sendo imperioso admitir-lhe conteúdo bastante mais amplo. Em verdade, os direitos fundamentais constituem-se como uma larga esfera de proteção para todos, seja enquanto indivíduos isoladamente considerados, seja como membros de uma coletividade plural. Mais importante: contemplam não apenas liberdades individuais e igualdade geral, mas também uma diversificada e crescente pauta de tarefas - oponíveis tanto aos Poderes Públicos quanto à própria sociedade civil.[144] E a implementação destes direitos afigura-se dever tanto de atores sociais quanto estatais, na busca por se combinar, no maior grau, a liberdade de autodeterminação e a possibilidade de participação no cenário político deliberativo.[145]

Este núcleo essencial da normativa constitucional não deve aparecer, por certo, como uma decisão categórica de algum grupo que porventura tente impor seus parâmetros valorativos ao restante do corpo social. Em outras palavras, a positivação dos direitos fundamentais não pode ser vista como uma maneira de delimitar ou restringir os espaços de proteção e possibilidades de participação conferidos aos homens, menos ainda como argumento para excluir alguns do sistema de salvaguardas instituído.[146] Os direitos fundamentais precisam ser compreendidos como uma *abertura de possibilidades* para que, da melhor maneira possível, possam ser os interesses sociais tutelados, permitindo-se acomodar as situações conflitantes a partir das necessidades concretas que se apresentem como produto da participação social direta por meio dos canais institucionais oferecidos.[147]

---

143 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 113-114.

144 Este dado, da divisão de tarefas entre Poderes Públicos e sociedade civil, confere as feições do que Dieter Grimm denomina Estado Pactista (na tradução espanhola). Grimm, Dieter. *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Trad. Raúl Sanz Burgos. Madrid: Trotta, 2006. p. 196.

145 Habermas. O Estado Democrático de Direito. Op. cit., p. 172-173.

146 Sanchís. El Constitucionalismo de los Derechos. Op. cit., p. 218.

147 Habermas, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. in *A Inclusão do Outro*. Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 288.

As normas jurídicas definidoras de direitos fundamentais não cumpririam seu papel se estabelecessem padrões de conduta rígidos, com o que em muito se dificultaria a tarefa de abrir espaço para que reivindicações possam ser formuladas e divergências acomodadas. Assim, funcionam melhor quando fixam metas fluidas, consistindo uma aposta do neoconstitucionalismo a crença na força e na abertura dos *princípios jurídicos*. Isto não deve ser visto, contudo, como uma autorização para que qualquer situação juridicamente relevante seja solucionada pela aplicação direta da normativa constitucional, com desprezo ao papel do legislador ordinário.

Os direitos fundamentais constitucionais ostentam a condição de princípios supremos do ordenamento jurídico, cabendo-lhes não apenas fixar parâmetros para a relação entre indivíduos e Poderes Públicos, mas também definir espaços de inter-relacionamento para estes, influenciar nas relações intersubjetivas dos atores jurídicos, outorgar ao Estado deveres de proteção.[148] Funcionam, assim, como o referencial primeiro tanto para a atividade legislativa quanto para o processo interpretativo, cumprindo a sua inerente indeterminação a tarefa de melhor acomodar as diferentes reivindicações que precisam ser tuteladas em sociedades plurais.[149]

Semelhante pauta de direitos, por seu turno, escora-se em postulados que transcendem ao Direito e assentam suas bases na ordem moral, como destaca Alfonso García Figueroa: “El aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento consiste en la consabida recepción en el sistema jurídico de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de derechos fundamentales.”[150] Ao Direito se reconhece, então, uma forte carga axiológica, cumprindo aos direitos

---

148 Böckenförde, Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. in *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baben-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 95.

149 Dentre as críticas que alguns autores fazem à teoria do neoconstitucionalismo encontra-se a possibilidade de abertura excessiva dos direitos fundamentais, que permitiria utilizá-los como justificativa para qualquer espécie de construção interpretativa. A exacerbação desta tendência transformaria a Constituição em um - na expressão de Forsthoff - ovo jurídico, espaço do qual qualquer coisa poderia ser retirada. Como se demonstra ao longo do texto, esta crítica não parece suficientemente forte para desconstituir este que é um dos alicerces do neoconstitucionalismo: a crença na força dos direitos fundamentais como um momento de conciliação entre valores divergentes, típicos de sociedades plurais. Uma visão crítica ao neoconstitucionalismo pode ser encontrada em Amado, Juan Antonio García. Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. in Carbonell, Miguel. (org.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007. p. 237-264.

150 Figueroa, Alfonso Garcia. La Teoria del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo. in Carbonell, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo*(s). 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 165. Importante realçar que nem todos os autores filiados a esta corrente admitem semelhante identificação entre Direito e Moral. Sanchís é um destes, parecendo-lhe claro que o atual constitucionalismo “(...) no equivale a una feliz reconciliación del Derecho y la moral (...)”, pelo que se sustentaria a tese positivista da separação entre estes dois âmbitos. Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 134.

fundamentais refletir os valores sociais mais candentes, num processo de positivação de comandos antes identificados com o plano do direito natural.[151]

Neste sentido, o diferente perfil imprimido a tais direitos permite aproximar *constitucionalismo e democracia*, reconhecendo nestes uma relação de codependência na medida em que as pretensas limitações impostas pelo constitucionalismo às liberdades privadas se mostram, em verdade, como condição para que se forme a sociedade estatal. Ao permitirem o controle público das paixões, viabilizam a convivência na diferença, elemento essencial para qualquer sociedade que se pretenda pluralista.

E o Estado que se funda neste modelo de Constituição e de democracia se vê premido a assumir por imperativo lógico a canalização de suas forças, em todos os planos, na busca por implementar as condições mínimas capazes de conferir efetividade às promessas constitucionais. Cumpre-lhe, portanto, zelar pela realização em máximo grau destes valores, garantindo a tutela dos interesses sociais e a participação dos indivíduos na vida política, permitindo-lhes construir, pelo uso racional e público da razão, suas pautas de reivindicações.

Firmam-se, desta forma, a preservação do ser humano e a construção de uma sociedade democrática plural como os principais escopos da atuação estatal - dos quais derivariam os demais, como a proteção da integridade territorial ou dos indicadores econômicos - e norte dos Poderes instituídos. Neste diapasão é o comentário de Konrad Hesse:

> Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.[152]

Afinal, como incisivamente afirma Erhard Denninger, o Estado Constitucional não é um *presente que cai do céu*, sendo imperativo o empenho dos

---

151 Ariza, Santiago Sastre. La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo. in Carbonell, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo*(s). 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 244. Em Habermas se encontra a ideia de que os direitos fundamentais positivados nas Constituições representam o atendimento às necessidades que as sociedades consensualmente reconhecem como carentes de satisfação, nelas identificando verdadeiros problemas que afetam a moral pública. Habermas. O Estado Democrático de Direito. Op. cit., p. 170-171.

152 Hesse, Konrad. *A Força Normativa da Constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

cidadãos para que este seja construído e se torne uma realidade. Às Constituições cabe tão somente oferecer as condições prévias para que semelhante atividade seja desenvolvida.[153]

Assim é que nas Constituições passa a residir o fundamento a partir do qual se pode sustentar uma série de reivindicações populares, fornecendo, seu texto, as bases procedimentais para que estas possam ser concretizadas pelas vias institucionais de participação democrática postas à disposição da sociedade.

2.2. Reconhecimento do caráter de norma suprema à Constituição, não por convenção formal, mas em função do conteúdo material e da carga valorativa que carrega

No instante em que se reconhece nas Constituições o espaço para materializar a tábua axiológica fundamental, o próprio alicerce sobre o qual se assenta a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico é alterado. Se, consoante a concepção formalista prevalente na doutrina do Positivismo, especialmente de matiz kelseniana, a Constituição se situa no topo da ordem legislativa por força de convenção formal,[154] para a teoria do neoconstitucionalismo sua posição cimeira é devida à *força normativa* de seus comandos.

O conteúdo material das normas constitucionais adquire máximo relevo, situando-se no Texto Maior a disciplina de numerosos aspectos substantivos, sendo mesmo difícil identificar alguma questão jurídica medianamente complexa que não se encontre contemplada pela normativa constitucional.[155] Isso é reflexo do que Guastini denomina *Constituições largas*, entendida a expressão no sentido de que, ao lado das tradicionais normas concernentes a organização estatal e limites ao poder político, passam a encontrar assento verdadeiras declarações de direitos voltadas a regular o trato entre os entes públicos e os diversos grupos sociais (agora

---

153 Denninger, Erhard. Diversità, Sicurezza e Solidarietà. Un nuovo paradigma per il potere costituente e per lo sviluppo dei diritti dell'uomo? in *Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale*. Trad. Carlo Amirante. Torino: Giappichelli, 1998. p. 10.

154 Veja-se, a propósito, passagem da obra de Kelsen na qual o autor explica a estrutura escalonada da ordem jurídica, destacando que a hierarquia normativa reside nos mecanismos de produção legislativa: "A norma que regula a produção é norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é norma inferior. (...) A sua unidade [do ordenamento jurídico] é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta." Ao que acrescenta que a Constituição, neste aspecto, é entendida "(...) em sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais."Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 247.

155 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 116.

compreendida, sob uma perspectiva democrática, como uma relação participativa e não simplesmente antagônica).[156]

A amplitude do rol de direitos fundamentais positivados faz com que poucos espaços restem alheios à autoridade de tais normas, que influenciam não apenas no processo legislativo ordinário, mas também na interpretação e aplicação de todo o sistema jurídico positivo. Neste momento, abre-se espaço para repensar o posicionamento tradicionalmente reconhecido às leis, na medida em que estas passam a extrair sua validade da compatibilidade material com a Constituição, diploma normativo substancialmente cimeiro onde residem "(...) los principios fundamentales que deben regir la comunidad".[157]A ideia de hierarquia formal que orientava o ordenamento positivo cede espaço a uma interligação axiológica, funcionando a pauta de direitos fundamentais como pilar central do sistema, de cuja necessidade de preservação se extrai o fundamento último de validade para todas as demais normas.[158]

Este movimento é analisado por Ferrajoli, que identifica alguns desdobramentos cruciais à sua expressão, dentre os quais dois merecem ser aqui destacados. Primeiramente, a *validade do direito infraconstitucional deixa de depender apenas de sua estrutura formal de produção*, entrando neste lugar a coerência de seu conteúdo com o plano normativo constitucional. Em segundo lugar, afirma-se a *subordinação das leis a princípios constitucionais* (que, na acepção do autor, correspondem aos direitos fundamentais do homem positivados nas Constituições), a introduzir uma dimensão substancial não apenas no que pertine às suas condições de validade, mas também na natureza do sistema democrático, posto que aqueles representam um limite para a amplitude da atividade legislativa.[159]

Adquirindo os valores sociais caráter positivo, configurados como direitos fundamentais, qualquer discussão acerca de sua validade abandona uma dimensão

---

156 Guastini, Riccardo. La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *Estudios de Teoría Constitucional*. Trad. José Maria Lujambio. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. p. 157.

157 Ariza. La Ciencia Jurídica... Op. cit., p. 240.

158 Em posição oposta a estas ideias colocam-se teses de matiz positivista que defendem a restrição das possibilidades interpretativas conferidas especialmente aos julgadores, valorizando-se consequentemente, as opções legislativas. Esta corrente tende a se robustecer em países onde o Judiciário adota postura mais fortemente ativista, imiscuindo-se em assuntos eminentemente políticos, como é o caso dos Estados Unidos e da Alemanha. Também esta oposição que se faz ao neoconstitucionalismo não merece prosperar, na medida em que oaumento da força política das Cortes, embora seja defendida por esta teoria, só leva ao exagero se os mecanismos de controle social não funcionarem, se os demais poderes estatais não possuírem suficiente autoridade para se colocar em uma posição de equilíbrio com o Judiciário. O problema, portanto, não parece residir nos alicerces teóricos, mas nos desvios da prática. Veja-se, sobre a crítica, Amado. Derechos y Pretextos. Op. cit., p. 242-243.

159 Ferrajoli, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. in Carbonell, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo*(s). 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 18-19.

etérea e se converte em um problema interpretativo, cuja solução reside em definir os conteúdos possíveis aos textos nos quais se assentam, sempre na tentativa de que as normas construídas efetivamente possam atender aos interesses de seus destinatários. Tem-se como certo, então, que a Constituição não é apenas uma norma, mas a *norma jurídica substancialmente suprema,* na qual reside o fundamento de validade de todos os demais componentes da ordem jurídica, que nela encontram um parâmetro basilar de interpretação.[160]

Essas transformações somente se mostram viáveis, contudo, graças a um aspecto de enorme relevância: o reconhecimento de força jurídica e plena efetividade às normas constitucionais, acabando de vez com o processo de esvaziamento promovido a partir da ideia de programaticidade das normas constitucionais. Donde se pode sustentar a certeza de que "(...) toda norma constitucional - independientemente de su estructura o de su contenido normativo - es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos." [161] As previsões constitucionais, portanto, não criam para os cidadãos expectativas ilusórias, mas direitos concretos e diretamente exigíveis.[162]

2.3. Aplicação direta da Constituição, em razão desta não mais se limitar a traçar diretivas gerais, voltadas apenas aos Poderes Públicos; extensão de obrigações a particulares

A leitura que Sanchís faz da teoria do neoconstitucionalismo realça a diferente conformação normativa das atuais Constituições, comparativamente aos diplomas elaborados no primeiro século e meio da era constitucional. O professor espanhol observa que os textos contemporâneos se encontram repletos de normas que ditam condutas, permitidas ou vedadas, tanto aos Poderes Públicos quanto aos particulares, não se limitando a disciplinar a organização estatal ou as relações entre este e os particulares, mas também das pessoas entre si.[163]

Embora estes dispositivos venham recebendo denominações distintas - princípios, diretrizes, valores - é firme o reconhecimento de sua força normativa,

---

160 Alexy, Robert. Tres *Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 34-35. Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 116.

161 Guastini. La 'constitucionalización'... Op. cit., p. 158.

162 Denninger. Diversità, Sicurezza e Solidarietà. Op. cit., p. 15.

163 Também aborda o tema, sob a mesma perspectiva, o texto de Guastini, Riccardo. Sobre el Concepto de Constitución. in Carbonell, Miguel. (org.) *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007. p. 23.

assim como a certeza de que, quer por construção lógica, quer por disposição constitucional expressa, podem ser aplicados diretamente às situações cotidianas, não dependendo da intermediação do legislador ordinário. [164] Os direitos estabelecidos por semelhantes normas revestem-se de natureza fundamental, destinando-se a preservar os interesses humanos mais sensíveis, e, além de constituírem um sistema de valores, impõem parâmetros para a vida estatal e social, orientando toda conduta humana no interior da comunidade jurídica.[165] Isto posto, afirma Eduardo García de Enterría, a pauta de direitos fundamentais assume, no constitucionalismo do pós Segunda Guerra, "(...) un valor normativo y vinculante directo que (...) afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos (...)".[166]

Desde o instante em que semelhante conteúdo foi agregado ao texto constitucional, estavam lançadas as bases para que este deixasse de ser vislumbrado tão somente na dimensão de um ato instituidor do poder estatal, passando a ostentar o status de *norma geral reguladora das relações sociais*. Sua penetração na esfera das relações privadas deu-se, então, como uma consequência natural desta realidade, permitindo-se admitir que, na contemporaneidade, as Constituições recebam, ao lado de suas tarefas clássicas de limitar o poder político e garantir as liberdades individuais, o dever de moldar as relações sociais, fornecendo as condições de possibilidade para que sejam implementados direitos e atendidas reivindicações dos mais variados grupos humanos.[167]

Concretizar estas ideias, contudo, depende de que se aceite possuírem as Constituições a capacidade de efetivamente estabelecer condutas, afastando-se de vez o conteúdo inócuo de programaticidade por largo tempo a elas conferido.[168] Um dos marcos deste movimento é o comentado caso Lüth, decidido pelo Tribunal

---

164 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 111. Há que se destacar, contudo, a resistência que a aplicação direta de direitos fundamentais - especialmente aqueles de natureza social, que demandam do Estado obrigatoriamente a realização de prestações - ainda enfrenta, como se encontra em texto de Christian Starck, para quem direitos sociais e o princípio do Estado Social não geram qualquer direito fundamental do qual se possam extrair pretensões concretas para os particulares. Starck, Christian. La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. *in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional.* Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 72.

165 Böckenförde. Sobre la situación... Op. cit., p. 107. Smend, Rudolf. La libertad de expresión, de ciencia y de cátedra. in *Ensayos sobre la Libertad de Expresión, de Ciencia y de Cátedra como Derecho Fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Trad. Joaquín Brage Camazano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 5-6.

166 Enterría, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006. p. 67. Semelhante posicionamento se encontra em Canaris, Claus Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 36-37.

167 Guastini. La 'constitucionalización'... Op. cit., p. 160.

168 Smend. La libertad de expresión... Op. cit., p. 5. Miranda, Jorge. Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 76.

Constitucional Federal alemão no ano de 1958, correntemente identificado como a primeira e mais expressiva manifestação da aplicação direta do texto constitucional a particulares, em suas relações interpessoais (ou a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*).[169]

Neste precedente, reconheceu-se a possibilidade de um direito fundamental firmado em dispositivo constitucional (direito à liberdade de manifestação de pensamentos e ideias) ser aplicado diretamente a uma situação concreta, afastando-se, consequentemente, regra legal que, no caso, a ele se opunha. Para tanto, foi necessário que o *Bundesverfassungsgericht* admitisse a possibilidade de realizar uma hermenêutica pautada no reconhecimento da Constituição como uma *ordem de valores*, primeiro, dotada de *força normativa* incontestável; segundo, passível de ser *aplicada diretamente* não apenas às relações entre cidadãos e Estado, mas também daqueles entre si; e terceiro, capaz de irradiar por todo o ordenamento infraconstitucional, passando a orientar a compreensão e aplicação destas normas, as quais, por seu turno, extraem seu fundamento de validade da compatibilidade material que tenham face ao rol de direitos fundamentais.[170]

Sobre este último ponto, rapidamente o Tribunal germânico firmou a premissa de que as leis devem concordar estritamente com os princípios constitucionais fundamentais, sua base primeira de legitimidade, não se admitindo que venham a tolher a plena expressão de valores como a liberdade espiritual, a democracia ou o Estado de Direito, no que reconheceu a *natureza objetiva* dos direitos fundamentais. Por força desta característica a eles agregada, permite-se sustentar que, além de servirem como parâmetro interpretativo para todos os

---

169 Alexy, Robert. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático. in Carbonell, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo(s).* 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 34. Sobre o tema, veja-se, também a explanação de Böckenförde. Sobre la situación... Op. cit., p. 106-109. Merece destaque a manifestação deste mesmo Tribunal dois anos antes, em 1956, quando, ao decidir pela inconstitucionalidade de partidos políticos de orientação nazista, sustentou o risco queestes opunham a valores fundamentais de liberdade e democracia. Embora não conte com a mesma riqueza de argumentos ou tenha alcançado prestígio semelhante ao da decisão no caso Lüth, é apontado por alguns autores como o precedente que abre caminho para a aplicação direta da Constituição. Cruz, Luis M. *La Constitución como Orden de Valores.* Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada: Comares, 2005. p. 10.

170 Guastini. La 'constitucionalización'... Op. cit., p. 161. Smend, Rudolf. El Tribunal Constitucional Federal alemán en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. in *Ensayos sobre la Libertad de Expresión, de Ciencia y de Cátedra como Derecho Fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Trad. Joaquín Brage Camazano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 51-52. Embora a decisão do caso Lüth não faça menção expressa ao nome de Rudolf Smend, não há dúvidas quanto à influência decisiva de seu pensamento na construção deste precedente, naquela ocasião definitivamente resgatado.

comandos infraconstitucionais, também constituem obrigações positivas a serem observadas por todos os seus destinatários.[171]

O gradual reconhecimento destes dados, na reiteração da jurisprudência da Corte germânica, na sua incorporação por outros Tribunais e na chancela recebida pela doutrina constitucional, tem aberto caminho para que se possa propugnar o *valor normativo imediato e direto* das Constituições (especialmente de seu rol de direitos fundamentais), figurando como parte primordial e fundamental do ordenamento jurídico. Assim é que a vinculatividade normativa da Constituição afeta igualmente a todos os cidadãos e aos Poderes Públicos, emanando de seu texto obrigações de cumprimento imediato.[172]

Neste sentido, é possível perceber no Estado Constitucional um aperfeiçoamento do Estado de Direito, no qual abre-se espaço para a completa submissão do poder à ordem jurídica constitucional, incluindo-se o Legislativo e, consequentemente, todos os frutos de sua atuação.173 A que se pode acrescentar a noção de Zagrebelsky, para quem:

> La ley, por la primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por si, esta innovación (...) se ha presentado como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa.[174]

Aceitar a possibilidade da aplicação direta dos comandos constitucionais abre espaço para que não mais se dependa exclusivamente da atividade legislativa para colocar em prática a Constituição, o que permite aos atores do cenário jurídico alcançá-la diretamente. Afinal, como destaca Sanchís, esta disciplina numerosos aspectos substantivos atinentes à vida social, sendo mesmo "(...) difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional."[175]

---

171 Canaris. Direitos Fundamentais... Op. cit., p. 42. Cruz. La Constitución como Orden de Valores. Op. cit., p. 13-15.

172 Alexy. Tres Escritos... Op. cit., p. 37. Enterría. La Constitución como Norma... Op. cit., p. 69-70.

173 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 113.

174 Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 34.

175 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 114.

Logo, no papel de norma suprema que a quase tudo regula, é plausível sustentar que a incidência de seus comandos frequentemente pode dispensar a interposição de outros atos normativos, tendentes a permitir sua plena expressão. Daí que, na medida em que preceitos constitucionais se mostrem relevantes em um caso qualquer, sua aplicação resulta obrigatória.[176]

2.4. Vinculação de todos os atores sociais e políticos à normativa constitucional; definitiva subordinação do Parlamento e consequente exaltação da jurisdição constitucional

Diante do quadro até aqui traçado, é possível sustentar a compreensão de que o neoconstitucionalismo, em certa medida, representa uma aproximação do paradigma europeu ao norte-americano, que enxerga na Constituição elemento limitador dos poderes instituídos, inclusive o Legislativo, e espaço de garantia para os cidadãos. Por outro lado, afasta-se deste referencial (resgatando traço distintivo do constitucionalismo europeu decimonônico) quando não admite que as Constituições se limitem a ditar as regras do jogo, deixando em aberto amplas possibilidades para conformação do cenário social.[177] Tem-se, assim, uma definitiva combinação entre os modelos constitucionais clássicos, reunindo-se elementos marcantes destas duas matrizes que, recorde-se, brotaram das mesmas sementes.

Em verdade, na imagem formada pelo neoconstitucionalismo, as Constituições aparecem como elementos estruturantes, que adquirem uma amplitude desconhecida até meados do Século XX e assumem a tarefa de coordenar os espaços públicos e privados. Nelas vai ser encontrado o delineamento das funções estatais típicas; de novas obrigações outorgadas aos Poderes Públicos; de direitos e liberdades individuais e coletivos, bem como a forma e limites para seu exercício, de modo a garantir o convívio na diferença; de procedimentos institucionalizados para participação social no cenário político; dos mecanismos de controle do poder e defesa da Constituição, gerando um *estado de subordinação geral*, em que muito pouco resta imune à sua influência.

A combinação destes elementos confere às Constituições uma virtualidade inovadora. Para Sanchís:

---

176 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 116.

177 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 112.

> (...) la Constitución ya no sólo le dice al legislador muchas 'más cosas', sino que todas esas cosas pretende decírselas indistintamente a todos los operadores jurídicos y no únicamente al legislador, de manera que la rígida organización jerárquica entre los distintos órganos estatales no desaparece, pero se ve muy atenuada desde el momento en que cada uno de ellos quiere mantener 'línea directa' con la Constitución.[178]

Mais ainda: a Constituição não é compreendida como um *catecismo político* ou um *guia moral* dirigido a um legislador virtuoso ou a homens repletos de boas intenções, mas uma norma jurídica à qual se agrega a pretensão de que a realidade a ela se conforme,[179] figurando, na concepção de Zagrebelsky, como centro para o qual tudo deve convergir.[180] Isso cria um cenário de completa sujeição do poder político aos ditames constitucionais - o que, no continente europeu, afeta especialmente o Legislativo, não mais se lhe reconhecendo a onipotência e a autonomia típicas da tradição europeia.[181]

Surge, assim, o que Sanchís identifica como *onipotência judicial*, situação na qual a Constituição assume, definitivamente, o patamar de fonte máxima de validade para normas jurídicas e políticas públicas. Isso se dá na direta medida em que seu complexo normativo oferece orientações nas mais diferentes esferas, as quais se encontram logicamente sujeitas ao crivo jurídico. Por conseguinte, também a atividade legislativa perde autonomia, visto que a Constituição não é uma norma suprema apenas sob o ponto de vista formal (destinada tão somente a estabelecer o procedimento de elaboração legislativa), mas porque capaz de se projetar sobre o conjunto dos operadores jurídicos, ditando-lhes as condutas com o objetivo de assegurar que o plano valorativo nela traçado seja atendido.[182] Como realça Sastre

---

178 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 114.

179 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 116.

180 Zagrebelsky. Op. cit., p. 14.

181 Zagrebelsky. Op. cit., p. 34.

182 Sanchís. Justicia Constitucional... Op. cit., p. 120-121. Também este aspecto é alvo de críticas que, mais uma vez, enxergam na ideia de absoluta subordinação dos agentes políticos à Constituição, na verdade, uma sujeição destes ao Judiciário e às Cortes Constitucionais, o que acarretaria em franco desequilíbrio entre os poderes estatais e no protagonismo dos órgãos competentes para exercício da jurisdição constitucional. Mais ainda: a completa juridicização do espaço público tenderia a restringir excessivamente os campos de escolhas políticas. Há que se considerar, contudo, que o crescimento das Constituições é antes um fenômeno político que jurídico. Em verdade, a teoria neoconstitucionalista, como destacado anteriormente, tende a olhar e explicar o passado. Em outras palavras, não foi o neoconstitucionalismo (em termos conceituais) que deu ensejo a um modelo constitucional que se orienta pela expansão do sistema de direitos fundamentais, a submeter e restringir o campo de escolhas políticas. Fora que a positivação de valores morais sociais, conferindo-lhes a natureza de direitos fundamentais, é por si só uma escolha política de uma geração que, comotem sido em toda história do constitucionalismo, tende a limitar as opções das gerações futuras. Amado. Derechos y Pretextos. p. 256-258.

Ariza, o Parlamento não chega a se converter em mero executor da Constituição, mas se encontra seriamente limitado por seu conteúdo.[183]

Neste quadro, com frequência se afirma apresentarem-se as Constituições como remédio contramajoritário, característica que colocaria em risco a capacidade de autodeterminação das sucessivas gerações e, consequentemente, a proteção ao princípio democrático.[184] Aqui se recorre à noção de democracia em Habermas, autor que sustenta não representar esta contenção das vontades individuais um risco para a democracia, mas uma necessidade, na medida em que esta só existe onde estejam presentes condições para o convívio social. Assim é que, se eventualmente o controle do uso público da razão implicar em restrições à atividade legislativa, isto não constitui um problema na medida em que afasta a crença na capacidade dos representantes construírem uma vontade coletiva.[185]

O constitucionalismo atual, escudado pela teoria deliberativa da democracia, chancela o alargamento do papel reconhecido à Justiça Constitucional, permitindo que se enxergue nesta uma instância procedimental por cujo intermédio manifestações sociais podem ser validamente formuladas.[186] Na discussão sobre a necessidade de conciliar conservação e evolução da ordem jurídica, respeito às vontades dos grupos majoritários e proteção aos minoritários, a jurisdição constitucional pode desempenhar relevante papel, contribuindo decisivamente para delimitar estes espaços, garantindo a participação da comunidade neste processo.

Esta discussão se faz presente e adquire especial relevância diante da realidade hoje vivenciada, na qual os mecanismos jurisdicionais de proteção ao texto constitucional se veem extremamente valorizados. E este é um fato que não deve causar estranheza, afinal, restaria vazio de sentido proclamar a supremacia e a intangibilidade das Constituições se a elas não fossem agregadas salvaguardas

---

183 Ariza. La Ciencia Jurídica... Op. cit., p. 242.

184 Sobre o tema, vejam-se os debates travados por ocasião do 10º aniversário do Tribunal Constitucional português. Starck. La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. Op. cit. Andrade, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Moreira, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. in Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Na literatura norte-americana, trata do assunto, entre outros: Tushnet, Mark. Democracy versus Judicial Review. *Dissent Magazine*. Spring, 2005. Disponível em http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248 Acesso em 27 set. 2012.

185 Habermas. Três modelos normativos de democracia. Op. cit., p. 278-279.

186 Habermas. Três modelos normativos de democracia. Op. cit., p. 288.

eficazes, capazes de efetivamente permitir o expurgo de quaisquer medidas que, de alguma forma, viessem a manietar sua força.[187]

Ainda causa algum espanto, contudo, o alargado papel que vem sendo desempenhado por semelhantes instâncias, que há tempos já não mais se limitam à ideia de um guardião constitucional inerte. Afinal, reconhecendo-se natureza normativa ao núcleo essencial da Constituição, aquele de onde emana a fonte de validade de todas as demais normas infraconstitucionais, abre-se largo espaço para a completa juridicização do debate acerca da compatibilidade entre diferentes planos normativos. Isto porque, diversamente da compreensão vigente sob a ótica de um Positivismo kelseniano (segundo o qual só há submissão da lei à Constituição sob o ponto de vista formal), o controle de validade dos atos normativos não se limita à sujeição do juiz à lei. Em verdade, tal atividade se coloca, nos dias atuais, muito mais como um processo de análise crítica do significado dos enunciados normativos, de forma a permitir não apenas o controle de sua legitimidade constitucional, mas, acima de tudo, sua adequação às cambiantes expectativas sociais.[188]

Desta feita, enquanto sob o paradigma forjado por Hans Kelsen o controle de constitucionalidade equivaleria a um teste quanto à compatibilidade formal das leis à Constituição, o mais possível isento de um juízo de adequação daquelas ao modelo social por esta última delineado, no modelo neoconstitucionalista espera-se que compreenda uma análise de conteúdo, em um processo interpretativo construtivo. Com isto, a pauta de valores fundamentais positivada constitucionalmente pode se colocar como efetivo fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, na medida em que a atividade de concretização dos direitos seja feita de forma a melhor atender às necessidades reais das gerações presentes.[189] E mais ainda: devendo todo sistema jurídico infraconstitucional se ajustar ao conteúdo normativo constitucional, "(...) la Constitución se convierte en un *prius* lógico por el que ha de pasar todo contenido normativo, una especie de prerrequisito interpretativo para toda norma infraconstitucional."[190]

---

187 Guastini. La 'constitucionalización'... Op. cit., p. 156.

188 Alexy. Tres Escritos... Op. cit., p. 47-48. Sanchís, Luis Prieto. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 4, 2006. p. 33.

189 Sanchís. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. Op. cit., p. 94-95.

190 Callejon, Maria Luisa Balaguer. *La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria*. Madrid: Civitas, 1990. p. 59.

A conjugação dos elementos até aqui descritos (positivação de valores; supremacia constitucional; aplicação direta; vinculação; normatividade) conduz à certeza de que o panorama hoje delineado para o constitucionalismo perpassa pela juridicização de toda esfera social e política, o que provoca o deslocamento do eixo de poder para o Judiciário e para a jurisdição constitucional. Afinal, em último plano, sempre caberá a este perscrutar os critérios materiais de validade das leis, testando sua compatibilidade com a pauta valorativa constitucional e, mediante um processo interpretativo, construir as normas mais adequadas aos problemas concretos que se colocam.

CONCLUSÃO

Embora não seja uma teoria realmente nova, ainda se mostra relevante e necessário discutir o neoconstitucionalismo na busca por compreender adequadamente suas bases conceituais e seus objetivos.

Especialmente em países como o Brasil, onde as promessas deste novo constitucionalismo ainda restam distantes de serem concretizadas em sua plenitude, é fundamental debater e disseminar semelhantes noções, de modo a respaldar estudos voltados a repensar práticas estatais e, assim, perseguir uma maior eficácia na busca por efetivar direitos. Aqui estão colacionadas as referências teóricas capazes de respaldar as análises críticas tão necessárias acerca das práticas estatais, especialmente no que tange à concepção de políticas públicas voltadas a permitir às pessoas usufruir, efetivamente, os direitos prometidos pela Constituição.

É certo que a teoria constitucional, sozinha, não muda realidades. Em verdade, seu papel é fornecer subsídios racionais para que esta tarefa possa ser cumprida e a teoria do neoconstitucionalismo mostra-se adequada neste sentido. Afinal, com a valorização dos direitos fundamentais fornece um referencial objetivo para nortear as ações estatais; o reconhecimento da força normativa das Constituições lhes confere uma potência nova, facilitando sua interpenetração nos mais variados campos da vida social; a eficácia direta e horizontal de seus comandos torna sua presença no dia a dia das pessoas uma realidade, permitindo à sociedade desenvolver uma noção de pertencimento, de que a Constituição é algo que faz parte

da vida: aplicar normas constitucionais a situações cotidianas torna-se algo cada vez mais usual.

O desafio de hoje não parece mais ser o de compreender conceitualmente o constitucionalismo, as Constituições ou os direitos fundamentais, mas fazer com que toda essa massa crítica se transforme em benefícios sociais concretos. Daí que estudos como este funcionam como pontos de partida, jamais de chegada. O horizonte conceitual deve orientar os pesquisadores na busca por identificar as barreiras que impedem o acontecer das promessas constitucionais, habilitando-os a propor soluções capazes de transformá-las em realidade. Aí sim o ciclo estará completo e o Direito terá cumprido seu papel.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALEXY, Robert. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático. *in*CARBONELL, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo(s).* 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

AMADO, Juan Antonio García. Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. *in* CARBONELL, Miguel. (org.) *Teoría del Neoconstitucionalismo.* Ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007.

ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. *inLegitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ARIZA, Santiago Sastre. La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo. *in*CARBONELL, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo(s).* 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. *in Escritos sobre Derechos Fundamentales.* Baben-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria. Madrid: Civitas, 1990.

CANARIS, Claus Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo.* Belo Horizonte: Fórum. n. 1, mar. 2001

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *in*CARBONELL, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo(s).* 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

CRUZ, Luis M. La Constitución como Orden de Valores.Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada: Comares, 2005.

DENNINGER, Erhard. Diversità, Sicurezza e Solidarietà. Un nuovo paradigma per il potere costituente e per lo sviluppo dei diritti dell'uomo? in Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale.Trad. Carlo Amirante. Torino: Giappichelli, 1998.

ENTERRÍA, Eduardo García de. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. *in*CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s).* 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La Teoria del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo. *in*CARBONELL, Miguel. (org.) *Neoconstitucionalismo(s).* 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

GUASTINI, Riccardo. La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Estudios de Teoría Constitucional. Trad. José Maria Lujambio. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

GUASTINI, Riccardo. Sobre el Concepto de Constitución. *in* CARBONELL, Miguel. (org.) *Teoría del Neoconstitucionalismo.*Ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007.

GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y Derechos Fundamentales. Trad. Raúl Sanz Burgos. Madrid: Trotta, 2006.

HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? *in*Era *das Transições.* Trad. Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *in A Inclusão do Outro.* Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MIRANDA, Jorge. Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*. *inLegitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SANCHÍS, Luis Prieto. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. Iusnaturalismo, Positivismo y Control de la Ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional.*Oviedo: Junta General del Principado de Asturias. n. 4, 2006.

SANCHÍS, Luis Prieto. El Constitucionalismo de los Derechos.*in* CARBONELL, Miguel. (org.) *Teoría del Neoconstitucionalismo.* Ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007.

SMEND, Rudolf. La libertad de expresión, de ciencia y de cátedra. *inEnsayos sobre la Libertad de Expresión, de Ciencia y de Cátedra como Derecho Fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán.* Trad. Joaquín Brage Camazano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

SMEND, Rudolf. ElTribunal Constitucional Federal alemán en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. *inEnsayos sobre la Libertad de Expresión, de Ciencia y de Cátedra como Derecho Fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán.* Trad. Joaquín Brage Camazano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

STARCK, Christian. La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. *inLegitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TUSHNET, Mark. Democracy versus Judicial Review. *Dissent Magazine*. Spring, 2005. Disponível em http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248 Acesso em 27 set. 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005.

CAPÍTULO 7

A FRATERNIDADE COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADEDO TRANSCONSTITUCIONALISMO: Um olhar pós-moderno

Jaime Leônidas Miranda Alves[191]

Bruno Valverde Chahaira[192]

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo questionar as relações epistemológicas existentes entre conceitos altamente em voga nos estudos de Direito Constitucional. São eles: o direito fraterno, ideal exaltado pela Revolução Francesa e que mais recentemente consubstanciou toda a evolução dos direitos fundamentais coletivos, mas que em determinadas esferas foi olvidado na construção das teorias constitucionais modernas; o transconstitucionalismo que, com o advento da denominada 'Constituição Tranversal', apontado por parte da abalizada doutrina como uma condição de perpetuação do neoconstitucionalismo, na medida em que este não teve êxito no que concernea consagraçãodos direitos fundamentais e, por fim, a pós modernidade. Conquanto direito fraterno e transconstitucionalismo sejam os fenômenos nos quais ocorrem as transformações epistêmicas, a pós-modernidade – ou Estado Constitucional Pós-Moderno – representa o *lócus*, a reinterpretação do próprio Direito como ciência e das relações humanas, vistas sob o prisma da liquidez e solubilidade, o que possibilita a construção de uma análise essencialmente zetética, ao tempo em que não desfilia-se por completo de uma hermenêutica constitucional de caráter axiomático. Por fim, espera-se responder a questão de se tem o direito fraterno o condão de atuar como ponte de transição no transconstitucionalismo.
Palavras-chave: Direito fundamentais; Direito fraterno;Estado constitucional pós-moderno; Transconstitucionalismo.

ABSTRACT: This paper aims to question the epistemological relations between concepts highly in vogue in Constitutional Law's studies. They are: the fraternal law, ideal exalted in the French Revolution that more recently embodied the whole evolution of collective rights, but that in certain areas was forgotten by the time of the construction of modern constitutional theories; transconstitucionalism that, with the advent of so-called 'Transversal Constitution', appointed by qualified doctrine as a condition of perpetuation of neoconstitutionalism, asa consequence of it's failure in what regards the consecration of fundamental rights and, finally, the post modernity. While fraternal law and transconstitucionalism are phenomena in which occur the

---

[191]Graduando em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

[192]Doutorando em Direito Constitucional (Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo). Mestre em Direito Negocial (Universidade Estadual de Londrina-UEL/PR). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto Paranaense de Ensino. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor (Assistente I) da Universidade Federal de Rondônia. Palestrante. Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica Jus Societas. Membro do Centro de Estudos Jurídicos da Amazônia. Autor da obra: O Terceiro Setor e a Sociedade Brasileira. Experiência nas seguintes áreas: Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito Internacional, Direito Administrativo, Direito Civil e Processo Civil. Atualmente licenciado das atividades docentes na Universidade Federal de Rondônia para cursar o Programa de Doutorado em São Paulo.

epistemic transformations, postmodernity - or Post-Modern Constitutional State - is the locus, where occurs the reinterpretation of the law itself as a science and human relations, seen from the perspective of liquidity and solubility, which allows the construction of an essentially zetetic analysis, although it is also includes a constitutinal hermeneutics with a principiological value. In this sense, it is seek to answer whether fraternal Law is able to act as a transition bridge to transconstitucionalism.
Keywords: Fundamental rights; Fraternal law; Post-modern constitutional State; Transconstitucionalism.

INTRODUÇÃO

O direito fraterno representa o entendimento que no mister de consagrarem os postulados de máxima efetividade dos direitos fundamentais, deve-se adotar – no bojo das relações verticais (Estado – indivíduo) e horizontais (indivíduo – indivíduo) – uma conduta balizada por princípios tais como a boa-fé objetiva, a solidariedade e a busca pelo ideal de justiça.

Nesse diapasão, tem-se o transconstitucionalismo como teoria constitucional que busca obter sucesso nos aspectos em que o constitucionalismo não o teve, por meio da construção epistêmica da chamada Constituição Transversal. Segundo seus defensores, Constituição Transversal representa aquela na qual seus dispositivos atuam de forma uniforme em todas as situações da sociedade. Ademais, caracteriza-se, ainda, por, da harmonia de seu texto, irradiarem valores que impedem suas normas de serem descaracterizadas – pelo legislador constituído – ou descumpridas – pelo particular.

Fica registrado que são os fenômenos da presente pesquisa o direito fraterno – como tese – e o transconstitucionalismo – antítese, e, nesse diapasão, representa a pós-modernidade, o *lócus*. Vale dizer, o meio em que é possível toda essa digressão epistemológica é o próprio Estado Constitucional Pós-Moderno, fruto da construção da pós-modernidade, que propaga ideais de liquidez e solubilidade nas relações sociais e relativização de dogmas jurídicos antes intocáveis, tudo por meio de uma proposição de virada lingüística.

Diante do exposto, resta evidente a necessidade de utilização da interpretação jurídica filosófica inspirada na zetética, conquanto o presente não se limita a analisar os reflexos dos fenômenos – transconstitucionalismo e direito fraterno – mas, questiona-se suas próprias existências e legitimidades como

proposição lógicas passíveis de serem aplicadas na sociedade pós-moderno. Ademais, incorpora-se ideais da hermenêutica constitucional, haja vista a necessidade de tecer análise de caráter eminentemente pós-positivista.

A análise se justifica na própria relevância temática, na medida em que todo seu pano de fundo é costurado pela necessidade de consagrar-se, por vez, a máxima efetividade dos direitos fundamentais e, com isso, elevar ao mundo fenomenológico, o postulado da dignidade da pessoa humana, como algo concreto e não puramente um vazio valorativo.

1 DIREITO FRATERNO: um novo modo de pensar o direito.

A Revolução Francesa[193] foi um movimento burguês pautado por três grandes baluartes:*liberté, égalitéetfraternité.*Malgrado as conquistas auferidas pela burguesia no fim do Século XVIII, os três primados da dita revolução tiveram um significado muito mais amplo, no tocante aos direitos e garantias inerentes ao homem[194].

Desta feita, o constitucionalismoé pacífico em dividir os direitos humanos em dimensões, sendo que as três dimensões clássicas possuem correlação direta com a liberdade, igualdade e fraternidade.

Primeiramente, contudo cumpre fazer uma breve trajetória dos direitos fundamentais como direitos humanos.

Nessa esteira, os direitos de primeira geração se apresentam como "direitos dos indivíduos frente ao Estado, mais especificamente como direitos de

---

193 Com a Revolução Francesa, entrou prepotentemente na imaginação dos homens a idéia de um evento político extraordinário que, rompendo a continuidade do curso histórico, assinala o fim último de uma época e o princípio primeiro de outra. Duas datas, muito próximas entre si, podem ser elevadas a símbolos desses dois momentos: 4 de agosto de 1789, quando a renúncia dos nobres aos seus privilégios assinala o fim do antigo regime feudal; 26 de agosto, quando a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem marca o princípio de uma nova era. Não vale a pena sublinhar, por ser muito evidente, o fato de que uma coisa é o símbolo e a outra é a realidade dos eventos gradativamente examinados por historiadores cada vez mais exigentes. Mas a força do símbolo (...) não desapareceu com o passar dos anos. (BOBBIO, 2004, p. 123)

194 A evolução histórica permite reconhecer duas linhas: por um lado, os direito fundamentais são entendidos como direitos (humanos) do indivíduo *anteriores ao Estado:* a liberdade a igualdade dos indivíduos são condições legitimadoras da origem do Estado, e os direitos à liberdade e à igualdade vinculam e limitam o exercício do poder do Estado. Por outro lado, [...], também se entendem como fundamentais os direitos que cabem ao indivíduo não já como ser humano, mas apenas enquanto membro do Estado, direitos que não são anteriores ao Estado, mas que só são *outorgados pelo Estado*. (PIEROTH; SCHLINK, 2011, p. 46, grito do autor)

defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder". (SARLET, 2002, p. 50). Direitos de primeira geração se consubstanciam tipicamente na forma de direito à liberdade[195].

Afora a classificação de direitos de primeira dimensão como direito à liberdade, Pieroth e Schlink (2011, p. 60)lhes conferem o *status* negativo. Aponta que os direitos de primeira geração são detentores de eficácia negativa, conquanto o pode particular resolver os seus problemas individuais sem a atuação do Estado. São portanto, direitos de defesa, uma vez que "protegem determinadas liberdades ou bens jurídicos contra as ingerências, restrições, limitações ou violações do Estado". (2011, p. 60) Com efeito, pode-se exigir que as ingerências, caso tenham ocorrido, sejam eliminadas.

Já os direitos de segunda dimensão correspondem ao ideal de igualdade[196] – em seu sentido material – porquanto necessitam de uma atuação positiva por parte do Poder Público para que se veja materializada sua eficácia. Nesse diapasão, obtempera o Min. Gilmar Mendes (2012, p. 55):

> O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, ás exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais.

Coincidem com os direitos de segunda dimensão os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988 no capítulo II do título II. São definidos por Silva (2011, o. 286) como parcelas positivas proporcionadas pelo Estado de maneira direta ou indiretamente, "enunciadas em normas constitucionais, que

---

195 "Num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, os chamados direitos de primeira geração. (BOBBIO, 2004, p. 32) Estes são os direitos individuais e "foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, em razão de haver naquela época uma única preocupação, qual seja, proteger as pessoas do poder opressivo do estado. (CUNHA JÚNIOR, 2002, p. 617-618)

196*En El primer movimiento socialista se reivindicaronderechos de protección y de prestación a favor de losobreros como derechos humanos de lós trabajadores, derechos que más tarde se introdujeron em parte em lós programas de lós partidos socialistas, entre otros em el Programa de Gotha y de Enfurt de lasocial-democraciaalemana. Eranlarespuesta a lasituación y a La miséria social de lós trabajadores que se produjo como consecuenciadelproceso de industrialización y por obra del modelo liberal de ordenamiento de lasociedad burguesa. Em elmovimiento socialista posterior, sobre todo em laRevolución bolchevique em Rusia, losderechosfundamentalessociales como derechosfundamentales de lós trabajadoresdesposeidos se opusieran a losderechosfundamentales burgueses. Materialmente sonderechossociales de participación em losbienesmateriales humanos y como tales se contrapusieron se conscientemente a losderechosfundamentales de liberdad y a la garantia de lapropriedad, que aparecían como derechosfundamentales de laclase burguesa proprietária*. (BÕECKENFÕRDE, 1993, p. 72)

possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais".

Nesse diapasão, retorna-se à teoria defendida por Pieroth e Schlink (2011, p. 61) para quem a segunda dimensão de direitos é caracterizada por seu *status* positivo, visto que "depende de medidas do Estado para a criação e conservação da sua existência livre. Esse estado encontra-se conformado e assegurado nos direitos fundamentais quando e na medida em que sejam direitos de reivindicação, de proteção...".

Por fim, chega-se à noção dos direitos fundamentais de terceira dimensão, foco desse estudo, malgrado a doutrina mais avançada já tenha elaborado conceitos de direitos de quarta[197] e também quinta[198] dimensão. Os direitos de terceira dimensão são atrelados à *fraternité*, de titularidade de toda a coletividade e, visam resgatar a questão da tridimensionalidade do direito[199]. Segundo Bonavides (2006, p. 569)

> Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta."

Sobre a fraternidade, vale-se da lição de Pozzoli, Monnassaetal (2012, p. 18) para quem a fraternidade é tida como mecanismo apto à realização da justiça. Nesse aspecto, pontuam que a fraternidade sempre esteve presente na conduta humana, o que possibilitou que, ao longo da história, emergissem da barbaria ao convívio social.

O ideal de fraternidade escapa dos direitos de terceira dimensão, que encerra a noção da tutela coletiva, e passa a se situar no ordenamento jurídico como

---

[197]Entende parte da doutrina constitucionalista que quarta dimensão de direitos é relativa à bioética, tratando de questões como os limites à intervenção do homem na manipulação da vida e do patrimônio genético do ser humano.

[198] Queremos, todavia, acrescentar um terceiro elemento constitutivo no coração da democracia: a paz, comodireito fundamental de quinta geração. (BONAVIDES, 2008, p. 90)

[199]Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. (SARLET, 2007, p. 58)

princípio ou norte interpretativo. Com efeito, observa-se uma construção fraternal em diversos institutos do direito ordinário, tais como a progressão continuada na seara penal e na visão atribuída modernamente à teoria geral dos contratos, na seara civil(DIJOUX, 2012, p. 33).

Quando se fala em fraternidade, portanto, está a se falar no papel dos valores na interpretação do direito positivo. Todavia, o próprio justo fraterno já se consubstanciou na forma de dever ser, como se pode observar daleitura do art. I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos que estabelece que todas as pessoas nascem livres e igual em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Tal afirmação mostra superada a reflexão proposta por Goria (2008, p. 5) que questiona a relação entre direito e fraternidade. Defende o jurista que só é cabível falar em fraternidade na hipótese em que, de uma virada ontológica, não mais existir direito positivo. Aduz (2008, p. 5)

> A esse ponto, uma pergunta: o que tem a ver a fraternidade com o direito? Existem ligações, ou se trata de realidades que atuam em campos diferentes? Esta última parece uma convicção bastante difundida: muitos acham que a fraternidade só pode ser espontânea, enquanto seria típica do direito, a co-atividade. Nesse caso, acaba-se afirmando que o direito é tanto mais necessário quanto menos a fraternidade age. E, vice-versa, que uma sociedade impregnada de fraternidade poderia tranquilamente dispersar o direito, [...] Mesmo Marx, previa o desaparecimento do direito na futura sociedade sem classes.

Por conseguinte, tem-se a noção de que o direito fraterno se mostra incompatível com a teoria pura de aplicação do direito positivo, sendo verdadeira ideologia enraizada num pensamento tanto jusnaturalista quanto neoconstitucionalista.

Segundo Cunha (2009, p. 81) para que se possa compreender o direito fraterno necessita-se integrar o estudo da Ciência do Direito com as diversas áreas afins, tais como a Sociedade, a Literatura, a Retórica e a conjugação dessas ramificações, com fins a construção deuma hermenêutica não positivista que busque a solução dos conflitos numa sociedade marcada pelo multiculturalismo.

A importância regalada à fraternidade é tanta, que esta recebe tratamento constitucional, como se pode observar da leitura do art. 3º,I, que estabelece como

objetivo da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como no próprio preâmbulo da Carta Política, conforme se segue:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse jaez, explana Maia (2010, p. 35-36) que o preâmbulo da Constituição Federal retrata com fidelidade o aspecto do Estado democrático de Direito e sua finalidade prima de tutelar os direitos. O trecho supra, com efeito, demonstra com clareza a interação entre as diversas dimensões de direito, tudo inter-relacionado com fins a assegurar o bem-estar à uma sociedade justa e fraterna.

Com efeito, atenta-se ao fato de que a fraternidade traz à tona a figura do mínimo ético de volta ao ordenamento jurídico, funcionando como parâmetro à hermenêutica, objetivando, quiçá, a justiça subjetiva[200], idealização utópica de Dworkin[201] em seu Estado Ideal; nos ditames de Supiot, atingir-se-ia a função antropológica do Direito.

Por fim, imperioso destacar que o direito fraterno, no modo com que vem sido idealizado por seus defensores, se configura como paradigma responsável por balizar uma“vinculação entre a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito,” (MAIA, 2010, p. 41) visto que se trata de uma relação de conteúdo consciente e fraternal, uma vez que, havendo aproximação entre o Estado e a

---

200 A concepção centrada no texto jurídico é, ao meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico. Enfatiza que, sejam quais forem as regras colocadas no “livro de regras”, elas devem ser seguidas até serem modificadas. Os que tem essa concepção do Estado de Direito realmente se importam com o conteúdo das normas jurídicas, mas dizem que isso é uma questão de justiça substantiva e que a justiça substantiva é um ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de Tribunais e outras instituições jurídicas do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. (DWORKIN, 2005, p. 7)

201 Uma ordem jurídica só cumpre sua função antropológica se garante a todo recém-chegado à Terra, de um lado, a preexistência de um mundo já presente, que o assegure no longo termo de sua identifidade, e, do outro, a possibilidade de transformar esse mundo e de lhe imprimir sua marca própria. Não há sujeito livre senão submetido a uma lei que o fundamente. (SUPIOT, 2007, p. 46)

sociedade, o indivíduo receberá condições adequadas para o seu real desenvolvimento.

Destaca-se, que conquanto o direito fraterno se firma como paradigma a serviço da hermenêutica jurídica, tal possibilita uma nota interpretação do ordenamento jurídico como um todo, possibilitando o diálogo em torno da pós-modernidade e do transconstitucionalismo.

2 A SUPERAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DO NEOCONSTITUCIONALISMO PELO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Primeiramente, antes de analisar os traços marcantes do transconstitucionalismo, deve-se compreender aquilo que esse movimento jurídico pretende superar: o neoconstitucionalismo.

Desta feita, estuda-se o neoconstitucionalismo sob os três sentidos propostos por Comanducci (2005, p. 82). Para o autor, esse modelo constitucionalpressupõe uma teoria do direito na qual, em decorrência de um fenômeno da constitucionalização de direito ordinário, não há que se falar em espaços jurídicos.

Ademais, conforme leciona Rossi (2012, p. 157) explanando Comanducci (2005), essa proposta de novo constitucionalismo pressupõe um ordenamento jurídico no qual os direitos fundamentais são levados ao centro da discussão jurídica e, mais que isso, aproxima-se a uma nova teoria das normas jurídicas, na qualconcede-se aos direitos fundamentais natureza principiológica ao passo em que nega-se a existência de princípios alienados de força normativa.

O povo paradigma constitucional parte do pressuposto que deve-se, novamente, aproximar o direito de moral, e porque daí falar-se em virada linguística ocorrida após a série de atrocidades que marcaram as duas grandes guerras e da superação ontológica do positivismo pelo neoconstitucionalismo[202].

---

[202] Mas o fato é que esse paradigma científico normativista dá sinais de evidente superação, quer porque opera uma espécie de escamoteamento da ideologia jurídica burguesa, contribuindo assim para o esquema de dominação capitalista, quer porque não consegue dar respostas satisfatórias aos fenômenos jurídicos que se manifestam à margem da norma estatal, quer ainda porque proporciona um conhecimento exclusivamente dogmático e, portanto, incompatível com as investigações e o saber próprio das ciências humanas. (MACHADO,2009, p. 71)

Nesse sentido, tem-se Barroso (2006, p. 17),para quem “com a reconstitucionalização que sobreveio à 2ª. Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado”. Afirma o autor que primeiramente na Alemanha, e seguido pela Itália, com Portugal e Espanha com o maior tardar e o Brasil apenas em 1988, o neoconstitucionalismo reestruturou as arquiteturas dos Estados Modernos ao elevar apremissa de reconhecimento da força normativa da Constituição, tornando hialino seu caráter vinculativo e obrigatório.

Essa nova interpretação do direito constitucional trouxe, assim, o entendimento de que“as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.” (BARROSO, 2006, p. 18)

É certo que o neoconstitucionalismo vem como mister de proporcionar uma leitura moral da Constituição e do próprio fenômeno jurídico e, é nesse diapasão que institui o Estado Constitucional Moderno.

Noutro giro, aponta Habermas (1998, p. 78)para um fenômeno de crise de legitimação do Estado Constitucional Moderno. Tal vem como decorrência do fracasso desse novo constitucionalismoem cumprir com todas as suas promessas, especialmente aquelas relacionadas à tão proclamada ‘consagração de direitos fundamentais’.

Nesse cenário, surge o transconstitucionalismo como alternativa de superação – ou mesmo releitura – do neoconstitucionalismo, fenômeno, ao menos em tese, que inova o cenário jurídico ao dialogar com as estruturas da sociedade pós-moderna.

Transconstitucionalismo, insta ressaltar, aqui é compreendido como a teoria segundo a qual se admite a existência de sistemas “hidraconstitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial.”(NEVES, 2009, p. 25).

Nesse espeque é que o transconstitucionalismo passa a ser considerado como uma releitura do neoconstitucionalismo, considerado ultrapassado na medida em que não trouxe a lume as respostas para a questão dos direitos fundamentais, emblema do Estado Constitucional Moderno. Acerca do tema, assevera Cruz (2006, p. 4)

> Está se chegando à conclusão que os herdeiros da Era das Luzes são herdeiros apopléticos: as leis se converteram em receitas, o Direito em método e o Estado Constitucional Moderno em meros espaços jurídicos. A grande questão a ser respondida é se isso é suficiente para assegurar o futuro da Democracia? Tem-se que perguntar hoje, como será a Democracia sem soberania nacional. O grande edifício da era moderna perdeu seus alicerces e flutua, livre de todas as amarras, abandonado a si mesmo, como papel carregado pelo vento, como destaca Ferrajoli.

OTransconstitucionalismo refuta a ideia de constituição como "metáfora fora do discurso ou da retórica política em virtude de ser um documento eminentemente político e que não refletia o plano estrutural da sociedade" (DIAS, MELO,2014, p. 2) Noutro giro, a almejada Constituição Transversal deve conter pressupostos estruturais e clareza conceitual para que, com isso, reste incontroverso seu caráter imperativa e dirigente

Neves (2009) traz ínsita a ideia de que a Constituição Transversal, produto do transconstitucionalismo é documento apto a harmonizar os sentidos jurídicos e políticos do Estado uma vez que apresenta os vínculos estruturais necessários para harmonizar os diversos valores pluriculturais.

Conforme entendimento esboçado por Dias e Melo (2014, p. 3) essa nova leitura do direito constitucional repousa em uma hermenêutica na qual igualdade e democracia apresentam-se complementarmente e limitando uma a outra. Daí porque ser correto pensar na Constituição Transversal como aquela que não "apresenta qualquer hierarquia entre o direito e a política" (2014, p. 3).

É nesse sentido que Voltolin (2013, p. 25)admite a possibilidade de se analisar múltiplas esferas sistêmicas, desde que conectadas por alguma característica em comum – adiante verificar-se-á a possibilidade do direito fraterno como elemento integrador dessas esferas sistêmicas. – formando, por conseguinte, as ditas pontes de transição.

São as pontes de transição que tornam lícito o estabelecimento de um raciocínio transversal, que acople diversas esferas que, ainda que independentes, possuem um ou mais pontos de contato.

Nesse jaez:

> [...] Neves discute a existência da Constituição Transversal Supranacional. Para tanto, inicia seu estudo informando que é

> possível a criação de uma Constituição fora dos limites do Estado. Ou seja, levando o tema aqui narrado ao caso concreto, o que Marcelo Neves informa é a possibilidade de que uma Constituição seja aplicável de maneira uniforme e eficaz em mais de um Estado Soberano. Com isso, é como se a Constituição Brasileira fosse eficaz tanto no território brasileiro como na Argentina, por exemplo. (DIAS, MELO, 2014, p. 4)

Compreendido os aspectos essenciais acerca do transconstitucionalismo, insta agora verificar, sob a ótica da sociedade pós-moderna se possui o direito fraterno o condão de atuar como ponte de transição, aproximando filosofias políticas semelhantes a fim de possibilitar o respeito e obediência às normas constitucionais, de forma a construir uma verdadeira sociedade internacional cooperativa / comunitária.

3 A PÓS-MODERNIDADE COMO *LÓCUS* E A FRATERNIDADE COMO PONTE DE TRANSIÇÃO DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Aqui, pretende-se deixar incontroverso o fato da teoria do transconstitucionalismo receber respaldo no contexto da pós-modernidade. Para tanto, faz-menção à Bittar (2008, p. 131) para quem a expressão 'pós-modernidade' representa um contexto sócio-histório particular, fundado na base de reflexões críticas acerca do esgotamento dos paradigmas instituídos pela modernidade ocidental.

Nesse cotejo, reconhece o autor a dificuldade em mensurar a significação de pós-modernidade. Aduz (2008, p. 132):

> O esfacelamento da modernidade e a percepção desta sensação de passagem tornam os olhos filosóficos da contemporaneidade críticos de todo o imperialismo da racionalidade moderna. Questionar a modernidade significa pensar o que é a modernidade ou, ainda, ao que ela serviu e o que trouxe de resultados para a vidasocial desde sua concepção. No lodaçal do em que a filosofia do pós-guerra seencontrava, a consciência dos destinos da modernidade ainda era muito parcamente entrevista. Aliás, aí está já a raiz de toda a dificuldade: se o termo "modernidade"(modernismo) é, em si, um termo ambíguo, o que dizer do termo "pós-modernidade"(pós-modernismo), que carrega em sua estrutura semântica dupla carga de ambigüidades?

Assim, conforme lição de Bittar (2013, p. 132-133), a pós-modernidade, compreendida como momento de revisão das heranças modernas e como período histórico de transição no qual sediscutea crise sistêmica pela qual passou a

modernidade, “produz rupturas e introduz novas definições axiológicas, das quais os primeiros benefícios diretos se podem colher para os sistemas jurídicos contemporâneos (a arbitragem, a conciliação, o pluralismo jurídico, entre outras práticas jurídicas)”.

No mesmo diapasão, é certo que essa reestruturação de institutos jurídicos clássicos teve como consequência um abalo da ordem jurídica tradicional, no que tange às políticas públicas, a organização do Estado e a eficácia do direito como instrumento de regulamentação social (BITTAR, 2013, p. 133)

Nesse sentido, Cruz (2010,p. 12) aponta os elementos jurídicos *pro futuro* que marcam a pós-modernidade, comungando, de forma expressa, dos ideais dessa nova proposta constitucional.

Desta feita, preleciona o aludido autor (2010, p. 12) que a pós-modernidade tem como característica marcante a superação da segmentação territorial dos ‘estados nacionais’, que marcaram a sociedade moderna.

Noutro giro, Cruz (2010, p. 13) arvora o entendimento de que os pressupostos de legitimação política mundial ainda estão vinculados aos contextos regionais, não havendo, de pronto, perspectiva para consolidação plena do transconstitucionalismo.

Tal ocorre na medida em que os sistemas políticos e jurídicos são organizados por meio de constituições regionais, que limitam sua significação aos limites dos Estados.

Ocorre que “as demandas que se apresentam ao sistema político e ao sistema jurídico na sociedade moderna vão além das fronteiras dos respectivos Estados (CRUZ, 2010, p. 13)”.

Então, parte-se do pressuposto de que a sociedade mundial traz novos desafios, tais como a necessidade de formar uma política mundial. A esse respeito, na medida em que os Estados soberanos são regulados por normas de caráter regional, vê-se impossibilitado, *prima facie*, a consolidação de uma ordem jurídica mundial.

Deve-se, nesse mister, diminuir o poder regulamentar dos Estados e, no afã de traçar um novo paradigma nas relações internacionais, elege-se a fraternidade como ponte de transição.

Assim, conquanto essa virada linguística proposta ao Direito Constitucional tenha como objetivo a construção de uma sociedade mundial e, por conseguinte, o rompimento com o ideal estático de Estado Soberano, o direito fraterno insurge-se como, quiçá, sua condição de possibilidade.

A fraternidade, como ideal constitucional, resvala no obstáculo da soberania, o que implica, necessariamente, à uma limitação ao caráter fraterno numa esfera internacional, sendo certo que "terminava por assinalar um destino entregue ao internacionalismo mais que ao verdadeiro e próprio cosmopolitismo: aquele direito fraterno se proclamava universal mas tinha necessidade de estado e soberania" (RESTA, 1996, p. 18).

É certo que o fenômeno que se observa deve ultrapassar o conceito clássico de direito fraterno no sentido de alcançar um – utópico – direito fraterno humanista, princípio geral regulador da sociedade mundial.

Não cabe examinar a possibilidade de existência de legitimação do transconstitucionalismo por meio da fraternidade sem mencionar as lições de Häberle. Para o professor alemão, prepondera na atual ordem jurídica mundial a responsabilidade de garantir-se a consagração jurídico-positiva do princípio da fraternidade como condição de possibilidade de proteção dos direitos fundamentais a nível mundial. (HÄBERLE, 2003, p. 169).

O pensamento de Häberle é explanado por Silva (2005, p. 6), que informa a necessidade reconhecida do cidadão do hoje trabalhar de forma que as conseqüências de suas ações sejam compatíveis com uma futura existência humana digna. Ora, resta hialino que a preocupação com os interesses difusos aqui esboçada é manifestação incontroversa do direito fraterno no pensamento de Häberle.

Diante do exposto, observa-se que os ideais do transconstitucionalismo vão ao contrato dos ditames da nova ordem mundial almejada pela sociedade pós-moderna. A maior dificuldade, nesse cenário, é a construção em torno das pontes de transição, haja vista que as fronteiras jurídicas-constitucionais dos Estados soberanos continuam institucionalizadas.

É nesse cenário que surge o direito fraterno, nova interpretação do fenômeno jurídico que, acredita-se, ao impor a todos um dever de solidariedade e de conduta balizada na boa-fé objetiva, coaduna-se na forma de ponto de transição, ou seja, torna-se mecanismo apto s elevar o transconstitucionalismo do plano teorético para a ordem dos fenômenos.

À Guisa de Considerações

O presente trabalho veio com o objetivo de investigar a possibilidade de um novo paradigma do Direito proposto pelo ideal da fraternidade efetivar os ditames contidos no transconstitucionalismo.

Assim, por meio da utilização do método zetético e da hermenêutica constitucional de viés principiológico, possibilitou-se compreender que o direito fraterno vem com o intuito de garantir a máxime dos direitos fundamentais, na medida em que exige do Estado e do particular uma conduta reta, atuando todos conforme a necessidade de se assegurar a dignidade da pessoa humana.

Ao estudar os aspectos essenciais do transconstitucionalismo, restou clara a proposta de reconfiguração das arquiteturas dos Estados Soberanos, no mister de responder satisfatoriamente aos desafios apresentados pela sociedade pós-moderna. De forma epistêmica, o transconstitucionalismo está para a pós-modernidade tal qual o neoconstitucionalismo esteve para a modernidade.

Nesse cenário, vem a lume a teoria da Constituição Transversal Mundial, teoria de autoria de Neves (2009), que propõe a exist documento apto a regular satisfatoriamente as diversas esferas sistêmicas existentes na sociedade mundial. Mais que isso, o transconstitucionalismo tem como base a busca por harmonia entre o Direito e a Política e, na mesma medida, entre Democracia e Liberdade.

Abalizada doutrinaadmite a necessidade em encontrar um ponto comum entre os diversos Estados Soberanos para que seja possível a construção de uma sociedade mundial cooperativa. Com efeito, fala-se, por conseguinte, em pontes transversais e, admite-se, que apenas por meio delas, o transconstitucionalismoirá triunfar. É nessa busca por pontes transversais que desponta o direito fraterno, igual preconizado desde a Revolução Francesa, mas que por diversas vezes é olvidado na construção das teorias constitucionais.

Nessa esteira, acredita-se que na mesma medida em que o constitucionalismo liberal foi inspirado no ideal da liberdade burguesa, o constitucionalismo social e após, o neoconstitucionalismo, embeberam da máxime da igualdade material, o transconstitucionalismo encontra na fraternidade a condição de possibilidade para perpetuação de todos os seus postulados, trazendo à epistemologia jurídica um novo paradigma constitucional/supranacional.

Referências

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Revista de direito administrativo nº. 217. Ju/Set, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. O Triunfo Tardio do Neoconstitucionalismo no Brasil. In: THEMIS – Revista da ESMEC. Fortaleza V.4 n.2 p. 1-431 jul/dez 2006.

BITTAR., Eduardo Carlos Bianca. O Direito na pós-modernidade. In: Revista Seqüência, n.57, p. 131-152, dez. 2008.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 203.

_____. DoEstado Liberal ao Estado Democrático. 7ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.171 e 184.

BUSTILLOS, Catarina Setúbal R. Políticas Sociais Públicas: OEstado-Providência Francês. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 8, n. 15, p. 195-212, jun. 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: um análisismetametateórico. In: CARBONEL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e Pós-Modernidade.**XV Congresso Nacional do CONPEDI. Anais, Manaus,2006.**

DIAS; Clara Angelica Gonçalves; MELO,Brielly Santana de. O transconstitucionalismo dos direitos sociais. In: XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UPFB, 2014. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c39795cb0bf6b613 acesso em: 08 mar. 2015.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6ª ed.São Paulo, Atlas, 2010.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle da moralidade na constituição. São Paulo: Malheiros, 1999.

GORIA, Fausto. Fraternidade e Direito. In: CASO, Giovani et al.Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense. São Paulo: Cidade Nova, LTR. 2008

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. 43ª ed.Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. Tradução de HectorFix-Fierro. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 2003. p. 169-172.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre lacticidade e validade. v. r. Traduzido por Flávio BenoSiebenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____.Direito e democracia: entre lacticidade e validade.V. II. 2. ed. Traduzido por Flávio BenoSiebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAURIOU, Maurice. PrécisÉlémentaires de DroitAdministratif. Paris, 1926.

HEIDEGGER, Martin. A essência do fundamento. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1998.

HUME, David. Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unesp, 2001. $

JELLINKEK, Georg. Teoria General Del Estado. Buenos Aires: Editora Albatroz, 1973.

KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. São Paulo: Abril Cultural, 1974 .

MACHADO, Antônio Alberto. Ensino jurídico. In:MORAIS JUNIOR, João Nunes. Estado Constitucional de Direito: breves considerações sobre o Estado de Direito. Revista de Direito Público, Londrina, v. 2, n.3, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. Humano e Desumano I. Trad. Paulo César de Souza.

NEVES, Marcelo. _______. **Transconstitucionalismo**. 1a.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

POZZOLI, L. ; HURTADO, A.W. . O princípio da fraternidade na prática jurídica. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 1, p. 287-324, 2011.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. A. Pisetta e L. M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 2002.

RESTA, ligio. *Poteri e diritti.* Torino: G. Giappichelli Editore, 1996, p. 18.

RIPERT,.LaRégreMoraledanslesObrigationsCiviles. Trad. Osório de Oliveira, São Paulo: Saraiva, 1937.

ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico? Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SILVA, Christine Oliveira Peter da.Estado Constitucional Cooperativo: O futuro do Estado e da interpretação Constitucional sob a ótica da Doutrina de Peter Häberle. Brasília, vol. 7, n. 72, maio 2005.

SILVA, Hélcio José da.Moralidade de alguns ou direito para todos? O Direito entre a ciência e as ideologias. In: A nova interpretação do Direito: construção do saber jurídico. Boreal Editora, Birigui-SP: 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José LuisBolsan. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUPIOT, Alain. Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: EMF Martins Fontes, 2007.

TELES, Edson. Democracia, segurança pública e coragem para agir na política. In: Occupy: movimentos de protesto que tomaram as ruas. Carta Maior: São Paulo, 2013, p. 80.

VOLTOLIN, Elvis Donizete. Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos controle de convencionalidade:um comparativo entre o brasil e a argentina sob o enfoque do transconstitucionalismo. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI/ UNICURITIBA, 2013. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=dffa23e3f38973de Acesso em: 08 mar. 2015.

CAPÍTULO 8

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO COMO MANIFESTAÇÃO DA IGUALDADE E DA LIBERDADE E A POLÍTICA PÚBLICA PLANO DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO (PDE)

Rogério Luiz Nery da Silva[203]

Daiane Garcia Masson[204]

RESUMO: O presente artigo se dedica ao estudo em fase preliminar dos argumentos em favor da fundamentalidade da educação como direito fundamental social como condição de possibilidade dos direitos de liberdade e de igualdade - instrumento operativo e garantidor. Tal pretensão de dignidade se materializa no dever jurídico e moral de o Estado ofertar uma educação de qualidade, voltada à emancipação do ser humano. O objetivo principal é identificar o direito à educação como primordial e indispensável para o desenvolvimento e fruição da liberdade e da igualdade. Também de grande importância, o estudo preconiza uma abordagem teórica introdutória ao conceito das políticas públicas, com o fito de estabelecer um diálogo entre a atividade governamental provedora e a efetividade das garantias do direito fundamental social à educação a todas as pessoas. Ao final, destaca-se o estudo histórico-analítico da política pública denominada "Plano de Desenvolvimento da Educação" (PDE), adotada com o fim de proporcionar uma real melhoria nas condições de prestação de serviço educacional de qualidade no contexto da educação nacional.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; direitos sociais; direito à educação; políticas públicas; dignidade humana.

ABSTRACT: This paper aims to study, at a preliminary stage, the arguments in favor of the fundamentality of education, as a social constitutional right, as na inafastable condition of possibility of the rights of freedom and equality, in truth, as its operating and guarantor instrument. This pretense of dignity is embodied in the legal and moral duty of the state in offering a education of quality, focused on the emancipation of the human being. The main objective is to identify the right to education as a core and essential to the development and enjoyment of freedom and equality. Also of great importance, the study recommends an introductory theoretical approach to the concept of public policies with the aim of establishing a dialogue between the provider governmental activity and the effectiveness of the guarantees of social constitutional right to education for all people. Finally, we highlight the historical and analytical study of public policy called "Plan De-velopment of Education" (EDP), adopted in order to provide a real improvement in conditions for the provision of quality educational services in the context of national education.

KEYWORDS: constitutional rights; social rights; right to education; public policies; human dignity.

---

[203] Professor Titular da cadeira de Políticas Públicas de Efetivação dos Direitos Sociais na Pós graduação Stricto sensu - Curso de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC); professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e Editor de Direito Internacional e Direitos Humanos da Espaço Jurídico Journal of Law (Qualis B1)

[204] Mestranda na Pós graduação Stricto sensu - Curso de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC); professora universitária na UNOESC Campus Joaçaba; advogada em Capinzal.

INTRODUÇÃO

A educação exerce papel essencial na vida das pessoas sendo fundamento basilar na gênese da consciência e dos valores morais e mesmo assecuratório da dignidade. A vida das pessoas decorre em grande parte das oportunidades de educação, assim entendida como materialmente pelo binômio ensino e aprendizagem e tripartida funcionalmente entre ensino, pesquisa e extensão. Além da importância do papel da família e da sociedade, em conjunto pela educação informal como elemento de integração do indivíduo no seu seio, também o Estado tem o dever jurídico de garantir francas oportunidades de educação formal a todos, com a finalidade de propiciar preparação para a inserção no mercado de trabalho, com consequente ampliação do grau de desenvolvimento e da qualidade de vida, como elemento central de construção e reconstrução da personalidade humana.

Em razão de a educação visar à melhoria da qualidade de vida das pessoas e de reduzir as desigualdades sociais, justifica-se o acesso e permanência na escola, com ensino de qualidade, tornando inadiável a solução dos problemas relativos à efetivação desse direito. Cabe ao Estado o dever de programar e adotar políticas públicas para garantia de acesso ao direito à educação, que tem caráter de direito público subjetivo.

O artigo, pela relevância e atualidade do tema, busca preliminarmente atender à necessária reflexão sobre o tema do direito social à educação, indispensável à fruição da liberdade e da igualdade como direitos fundamentais centrais. A liberdade entendida como o direito de viver livremente e de fazer escolhas; a igualdade percebida como o direito de ter acesso a oportunidades equânimes em relação aos demais membros da sociedade.

A seguir, adota-se por enfoque central a análise do conceito e da abrangência das políticas públicas, não só como instituto geral, mas principalmente como instrumentos de concretização do direito social à educação; nesse particular toma-se por base o Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE)[205] como a

[205] Política pública adotada em 2007 com o objetivo de materializar concretamente o Plano Nacional de Educação, buscando a elevação da qualidade da educação nacional, com vigência projetada para até 2022.

anunciada finalidade de levar qualidade de ensino a todo habitante no território nacional.

E, como conclusão, são apresentadas as considerações decorrentes do estudo com a modesta intenção de contribuir para o debate acerca da efetivação do direito social à educação no Brasil.

Metodologicamente, optou-se pela pesquisa bibliográfica, em razão da extensa literatura técnica sobre o tema cuja análise se busca realizar. Tal opção possibilita a aproximação de distintos eixos epistemológicos e a promoção de novas discussões em torno de pontos já estudados, mas com novos olhares, bem como a exploração de novos pontos pouco abordados até então.

2. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO: LIBERDADE E IGUALDADE

A liberdade e a igualdade, como princípios basilares de qualquer estado de direito que se presuma democrático, figuram em posição central na Ciência Política. Dentre as razões que distinguem o ser humano dos demais seres vivos pode-se destacar o acesso aos valores de igualdade e liberdade. O homem, em sua dimensão individual, presume a existência da liberdade, compreendida esta – em sentido amplo – como: autodeterminação; já na dimensão social, concebe-se como relação de igualdade para com os demais. (MOREIRA, 2007, p. 56).

A melhor compreensão do sentido do termo linguístico igualdade demanda enfrentá-lo sob dois prismas: o formal e o material. A igualdade formal nada mais é que a igualdade na lei e perante a lei. A igualdade material, por sua vez, desdobra-se na efetivação da norma que prevê oportunidades equânimes.

O reconhecimento do princípio da igualdade de oportunidades como princípio geral identifica nos membros de determinada sociedade as condições de participar da vida competitiva, presumindo como vitalmente significativa a fruição de posições equânimes. Os pontos de partida tomados por iguais variam conforme a sociedade em que se encontram. O mesmo se dá em relação às condições materiais e sociais que permitam aferir e considerar os concorrentes como iguais. De outra sorte, pode também fazer-se necessário introduzir discriminações – que de outro modo não existiriam – a fim de corrigir desigualdades preexistentes (BOBBIO, 2000, p. 31).

Tal entendimento reitera a característica de relatividade dos direitos fundamentais, ao ponto de reconhecer a possibilidade de diferentes posições acerca de uma mesma situação ou comportamento, conforme o mosaico de valores do grupo que se põe a experimentar as referidas experiências.

O ideal de justiça encontra-se vinculado à igualdade. Uma medida tomada pelo Estado será considerada justa não apenas na medida em que respeita a lei, mas na medida em que respeita o direito à igualdade. O direito à liberdade, por sua vez, apresenta outras consequências que não apenas a abstenção do Estado. Outros direitos guardam as mesmas características do direito de liberdade, já que dele derivam. Exemplo disso é o direito à educação, pois sem ela sequer é possível compreender o significado da liberdade. (LIMA, 2003, p. 14).

Por lógico, é de domínio comum que nem tudo que é legal é justo, assim como nem tudo que é justo respeita estritamente à lei. O alcance de "ser livre" extrapola o dever de prestações negativas pelo ente estatal para identificar também tutelas positivas estatais que se fazem inarredáveis para a garantia da igualdade material e, por claro, da própria liberdade, já que umbilicalmente engendradas uma a outra, daí reconhecer-se na educação o papel de garante de ambos os valores: liberdade e igualdade.

O alcance da liberdade plena é dado ao homem que tenha acesso, no mínimo, ao núcleo essencial de seus direitos, como forma de o Estado tornar possível a conquista da liberdade em igualdade de condições. A educação, nesse contexto, serve como instrumento de liberdade e passa a integrar o núcleo essencial de direitos que dirigem à cidadania. (LIMA, 2003, p. 24).

Definida como direito social, a educação de todos tem sido um pré-requisito para a expansão de outros direitos, já que a efetivação da cidadania registra a necessária condição de possibilidade de participação na vida social e política, para o que não se encontra caminho sem uma educação de qualidade, que desenvolva o senso analítico e o olhar crítico.

Uma educação que preze pela liberdade e favoreça a igualdade de oportunidades pode ser chamada democrática[206]. Sobre esse tema, respeitáveis as

---

[206] Nesse sentido: Maliska (2001, p. 57): "Se o mundo, hoje, fala em democracia como sendo o regime mais adequado à sociedade moderna, deve, necessariamente, ter também presente que, sem um

considerações de Azevedo (1937, p. 166), o qual entende que desenvolver uma educação em bases democráticas significa fundamentá-la no princípio da liberdade e do respeito à dignidade, favorecendo a expansão da igualdade de oportunidade a todos, sem distinção de qualquer natureza.

A principal razão para que se procure a diminuição das disparidades sociais, a começar pela redução das desigualdades intelectuais, está na busca da efetivação do Estado Democrático de Direito. O conhecimento garante a liberdade intelectual, que vai além da liberdade física. (COSTA, 2011, p. 93).

O tratamento deverá ser isonômico na hipótese de situações idênticas. O direito de igualdade gera o direito subjetivo de exigir isso. Isso vincula instituições públicas e privadas. Assim, em nenhuma delas pode ser admitido apadrinhamento ou distribuição de benefícios de forma desigual. Ainda que tais benefícios não provenham do Estado, mas da própria escola, a esta não é dado o direito de arbítrio. (MALISKA, 2001, p. 174).

Somente a partir da educação, direito fundamental social, poderá a cidadania plena ser alcançada. Uma sociedade educada será composta de pessoas que consigam reivindicar e conquistar espaços, seja individualmente, a exemplo da liberdade e igualdade, seja no campo político, como o direito ao sufrágio universal. (MOREIRA, 2007, p. 62).

Uma cidadania ativa só pode ser concebida numa sociedade em que as pessoas estejam livres, tenham igualdade de oportunidades e sejam respeitadas como seres humanos. Cabe ao Estado promover uma união de esforços objetivando a efetivação dos direitos civis, políticos e sociais, com destaque ao direito social à educação.

Há muito se ouve falar em universalização do ensino, imprescindível para a formação de pessoas aptas à participação da vida social e política do país, na busca da concretização do Estado Democrático de Direito e da fruição da vida digna. A concretização do direito público subjetivo à educação tornou-se uma obrigação universal especialmente com o advento do século XXI, que trouxe consigo a “era do

---

Estado que propicie condições para a emancipação de seus cidadãos, não se pode nem pensar em democracia”.

conhecimento". Nota-se que o direito à educação tornou-se tão importante quanto o direito à vida, à liberdade e à igualdade.

A educação é sempre um tema fascinante. Consiste em prática contínua e intermitente de se transmitir e receber informações construídas com o tempo, as quais influenciam o homem e o ajudam a desenvolver e transformar o meio em que vive e, também, desenvolver-se, figurando como instrumento extremamente hábil para o pleno desenvolvimento da pessoa. (LIMA, 2003, p. 1-2).

Como direito fundamental e prioritário, não se resume ao número de vagas suficientes nas escolas, visto que não deve ser focado apenas no que diz respeito ao seu aspecto quantitativo. Deve-se atentar também à qualidade na prestação do serviço, com escolas equipadas, professores bem remunerados e currículos adequados. É nesse contexto que se vislumbra a principal obrigação de um Estado Democrático de Direito: o respeito, a proteção e a garantia do direito fundamental social à educação. (MOREIRA, 2007, p.106).

Mas, em que consiste esse direito? Para Dewey (1978, p. 17) educar-se é crescer, não no sentido puramente fisiológico, mas no sentido espiritual e humano, no sentido de uma vida mais larga, rica e bela, em um mundo cada vez mais adaptado, propício e benfazejo para o homem. A educação consiste em uma contínua reconstrução que tem por fim imediato melhorar a qualidade da experiência pela inteligência.

Machado Júnior (2003, p. 103) apresenta um conceito jurídico para educação, identificando-a como um direito da personalidade, que se inicia com o nascimento da pessoa e termina com sua morte. Para ele, tal direito não se refere apenas a uma liberdade de aprendizagem, mas se caracteriza como direito social, posto que qualquer indivíduo possa exigir do Estado a criação de serviços públicos aptos a prestá-lo.

A fruição de direitos humanos – tais como o direito à educação - é questão complexa, que demanda um aparato de garantias e medidas concretas do Estado. Os críticos consideram ingênua a inflação de direitos promovida nesse processo, dizem que para os países em desenvolvimento, o rol de direitos inspirado nas Declarações Internacionais e nos textos da Constituição de países avançados é ideal irrealizável em vista dos meios disponíveis. (BUCCI, 2002, p. 4).

Admitida como um direito fundamental, a educação assume função basilar na construção da cidadania. Assumi-la como prioridade universal significa respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista dar condições aos que a ela têm acesso, de exercer os demais direitos fundamentais e desfrutar melhores condições de vida.

Constata-se que cada um dos três poderes se relaciona de forma diferente com as demandas sociais: o poder Executivo se relaciona pela via dos serviços e políticas públicas, com investimentos que compensam, previnem e curam os problemas; o poder Legislativo se relaciona especialmente com comportamentos de controle e aferição política do Executivo; o Judiciário, por sua vez, se relaciona avançando na direção de garantidor de prerrogativas constitucionais e infraconstitucionais de toda comunidade, assim como no desenvolvimento de ações de concretização de direitos que não receberam a devida atenção pelos demais poderes. Por tudo isso é que se tem sustentado que os direitos sociais, em primeiro plano, são deveres do Estado. (LEAL, 2009, p. 77-78).

Superado o entendimento de que os direitos sociais – dentre eles a educação – consistem em normas programáticas, não há como negar o dever jurídico de realização das normas constitucionais. Como bem lembra Mello (2011, p. 12), a Constituição não é um mero feixe de leis, mas um corpo de normas qualificado pela posição suprema que ocupa no ordenamento jurídico. É a fonte de todo o Direito, à Constituição todos devem obediência: os três poderes e todos os membros da sociedade.

É possível afirmar com alto grau de segurança que, em termos educacionais, o Brasil é um país desigual e injusto. O acesso às oportunidades educacionais é restrito a parcelas limitadas da população e isso se dá por uma série de fatores, alguns de ordem estrutural, outros de ordem logística, financeira ou política. A implantação de um modelo educacional que vá ao encontro das necessidades da população brasileira é uma questão urgente. Tal modelo deve ser capaz de capacitar as pessoas para os desafios do mercado de trabalho e torná-las independentes científica e tecnicamente tanto em termos de qualificação profissional quando em habilitação para a ciência e a pesquisa, a fim de formar bons quadros profissionais e técnicos para garantir um futuro mais próspero e justo. (SAPIO, 2010, p. 133-134).

> Importante destacar que, a partir do momento que uma nação toma consciência de si mesma, de seus problemas, das suas contradições e desigualdades, prepara-se para a reconstrução e o desenvolvimento. Em tal processo, nenhum problema é mais essencial do que o da escola. E a mudança do sistema sobrevém quando a escola primária e a escola média se fazem mais importantes que a escola superior, pois importa elevar o nível geral da educação de todos e não fazer uma captação mais seletiva de candidatos ao nível superior. (TEIXEIRA, 2007, p. 115-116).

Em outras palavras, é mais admirável e eficiente elevar o nível da educação comum, com o oferecimento de ensino básico de qualidade, do que majorar o número de universitários semianalfabetos.

Para Maliska (2001, p. 222), o mínimo em termos de educação é a garantia do ensino fundamental. Nesta prática, a educação para a sociedade é tão importante quanto a educação para o aluno, dada a importância de formar cidadãos capazes de exercer sua cidadania.

> A globalização neoliberal vem agravando a crise social diante do aumento da desigualdade, da exclusão social e da pobreza. Diante disso, cabe à educação um papel essencial no desenvolvimento humano e econômico daqui em diante, especialmente tendo em vista a competitividade econômica e as novas tecnologias. (GOMES, 2011, p. 48).

Uma educação de qualidade é capaz de promover a formação de indivíduos reflexivos e construtivos, aptos a fazer escolhas conscientes. A contínua atualização de saberes é peça fundamental para a qualidade de vida no atual cenário mundial, no qual um dos maiores valores é o conhecimento.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

A educação constitui direito público subjetivo, vale dizer, exigível do Estado. Ocorre que tal prestação positiva não se satisfaz com a mera entrega de qualquer tipo de ensino, apenas para atendimento formal da exigência; a oferta de educação de excelência demanda a efetiva adoção de políticas públicas conscientes e comprometidas com esse resultado, tanto pela sociedade como pelos governos – assim entendidos em seus âmbitos federal, estadual e municipal, subordinados ao Plano Nacional de Educação. Portanto, aptos a disponibilizarem recursos, cumprirem

metas, objetivos e estabelecerem alianças entre o direito e as políticas públicas, com o fito de exigir o direito à educação como direito humano universal. (GOMES, 2011, p. 49).

Entretanto, é imperioso advertir que uma educação de qualidade não implica apenas na universalização do acesso ao ensino, implica também na criação de um espaço capaz de permitir o processo ensino-aprendizagem, com infraestrutura adequada, professores e profissionais de apoio bem remunerados e material didático de qualidade.

A fiscalização da qualidade do ensino compete ao Estado. À escola compete prestar um ensino de qualidade, ao Estado compete à fiscalização da prestação do ensino. Deve-se, a todo custo, afastar o que nos meios acadêmicos superiores se denomina “pacto de mediocridade”, visto como um processo no qual o professor simula que ensina enquanto os alunos simulam que aprendem. (MALISKA, 2001, p. 186).

Os direitos fundamentais de segunda geração – entre eles a educação - são frutos do impacto da industrialização aliada aos graves problemas socioeconômicos da sociedade do século XIX e início do século XX. O objetivo principal dos movimentos reivindicatórios de reconhecimento desses direitos foi atribuir ao Estado um comportamento ativo na realização da justiça social. (SARLET, 2007, p. 55).

Uma das peças-chave para a realização da justiça social é a universalização do ensino de qualidade, capaz de elevar a autoconsciência, a cidadania e a dignidade das pessoas, a fim de que se tornem sujeitos ativos aptos ao diálogo em sociedade.

Na visão de Penna e Queiroz (2012, p. 94), o fortalecimento de programas e critérios de avaliação são um dos principais focos da política de consolidação da Educação Básica no Brasil. Isso se dá porque sem um diagnóstico expressivo da realidade escolar não há como estabelecer ações concretas e definir metas que fortaleçam tal nível de ensino.

Apesar de não apenas os governos se envolverem na formulação de políticas públicas e no seu processo, mas também grupos de interesse e movimentos sociais, não há comprovação empírica de que o papel dos governos foi encolhido com a globalização e sua capacidade de intervir, formular e governar foi diminuída. (SOUZA, 2007, p. 72). Por ser a base do desenvolvimento de qualquer sociedade, a

educação faz jus à vigilância de todas as esferas governamentais, bem como da sociedade e da família. As ações voltadas à sua materialização devem ser tratadas como programas de Estado, nunca como programas de governo.

Para Boneti (2011, p. 18), diante das políticas públicas, o Estado se apresenta como agente de organização e institucionalização de decisões que se originam do debate público entre os diversos representantes sociais a partir de necessidades ou interesses.

Maliska (2001, p. 187) enfatiza que o princípio da qualidade do ensino pode ser arguido em face das instituições para além de uma mera inspiração, uma referência remota, mas como algo de palpável que merece ser buscado efetivamente, não apenas invocado de forma genérica e descompromissada com resultados. A existência, por exemplo, de bibliotecas deficitárias, laboratórios desequipados, falta de infraestrutura adequada para manutenção de um aprendizado de qualidade pode ser fundamento para a alegação de que o princípio da qualidade do ensino foi violado.

As soluções para os problemas de efetivação do direito à educação encontram-se na implementação de políticas públicas transformadoras e eficazes. A política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque versa sobre um conjunto de medidas articuladas, cujo intuito é movimentar a máquina pública, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito. (BUCCI, 2002, p. 14).

Em curtas palavras, pode-se entendê-la como o conjunto de decisões alocativas, adotáveis não só pelos agentes estatais, mas passíveis de inspiração na participação de outros atores de políticas, voltadas a melhor esquematizar os planos de ação da máquina pública, com o fim de melhor prestar os serviços de ordem pública ou privada, cuja situação fática justifique uma intervenção estatal subsidiária.

Conforme Souza (2007, p. 69), “A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações, que produzirão resultados ou mudanças no mundo real”. Para que resultados positivos sejam alcançados, faz-se necessária a adoção de ações governamentais comprometidas com um ensino público

emancipador e que permita que os educandos participem ativamente da sociedade e deem sua contribuição para a melhoria da coletividade e das instituições[207].

As políticas públicas são programas de ações destinados a realizar, sejam os direitos a prestações, diretamente, seja a organização, as normas e os procedimentos necessários para tanto. As políticas públicas não são categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico[208] (BUCCI, 2002, p. 31).

Lima (2003, p. 33-34) afirma considerar como a mais importante consequência da categorização do direito público subjetivo à educação básica, a possibilidade de sua judicialização, vale dizer, viável a busca de sua efetividade pela via judicial. O ensino básico conta com o reconhecimento jurisdicional, independentemente de o Estado estar ou não organizado para concretizá-lo.

Aqui se registra uma controvérsia: uns entendendo que a mera imputação ao Poder Público do dever de viabilizar o ensino básico a todas as pessoas não implica a seleção desta ou daquela política pública de forma necessariamente vinculada, pois que ao Estado é dado o poder discricionário de realizar a escolha da maneira que considere mais apta a materializar os direitos públicos subjetivos; outros, em sentido diametralmente oposto, pugnando pela possibilidade de agentes externos à administração poderem competir no desenho da melhor política a ser adotada.

Costa (2011, p. 121) afiança que a importância da aprendizagem continuada apresenta-se como condição indispensável para o exercício do trabalho e

---

[207] Sobre o tema, ver Costa (2011, p. 104): “Em decorrência da sua titularidade para elaborar e executar as políticas públicas, em princípio, caberá ao Estado proporcionar condições fáticas que sejam capazes de materializar e concretizar o direito à educação. Entretanto, a educação também é dever da família e da sociedade, que deve colaborar em promovê-la e incentivá-la, para que atinja a sua eficaz concretização.”

[208] “Ao se pensar sobre o real significado da expressão políticas públicas, pode-se até chegar à conclusão de que ela encerra uma redundância. Isso porque qualquer dicionário define a palavra política como alguma coisa de público, arte ou ciência de governar, de administrar, de organizar. Ou seja, quando se fala em política, entende-se que se está falando em relação a um público. Assim, poderíamos interpretar políticas públicas como sendo a arte de lidar com um público que é público. Ao se falar em políticas públicas, contudo, não está se fazendo apenas uma distinção entre aquilo que é público e aquilo que é privado do ponto de vista orçamentário, isto porque entende-se que uma política pública não se resume na ação do Estado em termos de investimento social, mas, antes de tudo, em conjuntos de ações que buscam construir um real futuro”. (BONETI, 2011, p.9).

da cidadania na sociedade do conhecimento, pois no contexto da sociedade da informação, as discussões trafegam e são repassadas em velocidades cada vez maiores. Fora a transferência de conhecimento, deve-se, portanto, oportunizar o aprendizado permanente, a fim de que cada cidadão esteja preparado para ingressar no mercado de trabalho ou para a ele retornar atualizado.

A concretização do direito à educação, como dito, ultrapassa o oferecimento de uma vaga na escola. As políticas públicas educacionais devem ser adotadas objetivando assegurar o acesso, a permanência e o êxito de todas as pessoas no processo educacional, tornando-as sujeitos de direito à autodeterminação e à efetiva existência participativa na vida nacional. O direito à educação, se oferecido de maneira adequada, é capaz de promover emancipação e qualidade de vida.

4. O PLANO DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO (PDE) E A QUALIDADE DA EDUCAÇÃO

A precariedade do ensino básico repercute negativamente na vida de cada indivíduo, bem como na vida em sociedade. Aqueles que não têm acesso a um ensino transformador, capaz de torná-los seres independentes e aptos a enfrentar as dificuldades sociais, financeiras e até mesmo afetivas, estarão prejudicados como pessoas.A política pública é o principal instrumento utilizado para a coordenação de programas e ações públicas. Para que se concretize é indispensável que se revele em um plano de ações mesclado por programas e projetos.

Procopiuck (2013, p. 153) adverte que a atividade de analisar políticas públicas é empreendimento difícil, por exigir a vigília de uma série de valores oriundos de diversos segmentos da sociedade. Assim, a grande questão que se apresenta é encontrar alternativas que permitam o equilíbrio de valores, de forma que se consiga enxergar objetivamente como a política pública é executada e quais os resultados obtidos e esperados.

Como escorço histórico, pode-se registrar que o empenho dos educadores por uma educação pública de qualidade, no Brasil, tem início na década de 1920, com a fundação da Associação Brasileira de Educação em 1924. Em 1931, A Reforma Francisco Campos adotou em nível nacional o que chamou de “modernização do ensino”, pela adoção de organicidade do ensino secundarista (atual ensino médio),

com a seriação do currículo, a obrigatoriedade da frequência escolar, rigoroso sistema avaliatório competitivo de discentes e reestruturação da inspeção federal. Em 1932, foi lançado o Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova. Também digna de registro a Reforma Gustavo Capanema, em 1942, famosa mas de pouca efetividade de resultados. Em 1956, na fase final da tramitação do projeto da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), deu-se a Campanha em Defesa da Escola Pública. Outras iniciativas de menor alcance foram as Conferências Brasileiras de Educação, na década de 1980, e o Fórum Nacional em Defesa da Escola Pública, por ocasião da Constituinte de 88 e na nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96 – Nova LDB). Finalmente, observou-se, em 1996 e 1997, a elaboração da proposta alternativa de Plano Nacional de Educação nos Congressos Nacionais.

Recentemente, no que diz respeito à qualidade na educação pública, registra-se a implantação, em 24 de abril de 2007, do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) juntamente com o Plano de Metas "Compromisso Todos pela Educação"[209], cujos resultados também tem se mostrado tímidos para a abrangência que o tema requer e para a complexidade dos problemas com ele relacionados.

A qualidade deve ser um valor intrínseco a qualquer atividade, pois a realização de qualquer tarefa implica a sua efetivação bem feita. Ainda que presente essa premissa, a garantia de um ensino de qualidade se apresenta como um mecanismo de obrigação jurídica. Dessa forma, é possível exigir qualidade do estabelecimento escolar por ser uma obrigação jurídica prestá-la. (MALISKA, 2001, p. 185).

Na visão de Saviani (2007, p. 1233-1246), o Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) exerce um papel generalista, englobando quase a totalidade dos programas em desenvolvimento pelo MEC. Trata-se de um aglomerado de ações de natureza, características e alcance distintos entre si cuja infraestrutura de sustentação se assenta em dois pilares: o técnico e o financeiro. O Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) constitui no recurso técnico para monitorar a implementação do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), bem

[209] Decreto nº 6.094 de 24 de abril de 2007 - Dispõe sobre a implementação do Plano de Metas Compromisso Todos pela Educação, pela União Federal, em regime de colaboração com Municípios, Distrito Federal e Estados, e a participação das famílias e da comunidade, mediante programas e ações de assistência técnica e financeira, visando a mobilização social pela melhoria da qualidade da educação básica.

como definir metas, orientar ações e avaliar resultados em todo o período de operação do plano, portanto, até 2022. O pilar financeiro, por sua vez, são os recursos básicos constitutivos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB).

O PDE tem por objetivo promover a melhoria da educação no país, desde a pré-escola até o ensino superior em um prazo de quinze anos. Para Alves e Santos (2011, p. 24), o Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) representou um avanço nas Políticas Públicas, pois reconheceu que uma educação de qualidade exige universalização do acesso, democratização da gestão, condições dignas de trabalho para professores e equipe de apoio, acompanhamento social, equidade, infraestrutura e material adequado.

Por ser uma política pública estabelecida por decreto, o Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) é ato do Poder Executivo e está mais ligado ao Plano de Aceleração do Crescimento (PAC), o qual envolve ações em várias áreas da economia e visa o crescimento econômico do país. Quando do lançamento do PAC, pelo governo federal, cada ministério teve que indicar ações que se enquadrariam no referido programa. O MEC então reuniu um conjunto de ações que já estavam sendo desenvolvidas, acrescentou mais algumas e surgiu o Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) (SAVIANI, 2007, p. 1233).

Em um nível mais geral, a política nacional de educação e, mais especificamente, a escola pública, exigem formas de organização que defendam a individualização e a socialização como formas de autonomia. É nesse contexto que se insere o PDE, visto que é mais um passo para a construção de uma educação formal pública de qualidade (BRASIL, 2007b, p. 5).

Dentre as ações propostas pelo plano, pode-se destacar a criação de piso salarial nacional para os professores, a instalação de laboratórios de informática e de luz elétrica em todas as escolas públicas e o oferecimento de transporte escolar aos alunos residentes na zona rural[210].

---

[210]"Educação sistêmica, ordenação territorial e desenvolvimento são os princípios do PDE. O enlace entre educação, território e desenvolvimento deve ser um de seus resultados. Qualidade, equidade e potencialidade são seus propósitos. Qualidade entendida como enriquecimento do processo educacional, participação dos sujeitos e valorização das diferenças, de modo que as oportunidades educacionais se constituam em formas reais de reconhecimento e desenvolvimento das

Imperioso destacar a preocupação do plano com a formação do professor. Entende-se – e não poderia ser diferente - que a melhoria da educação básica depende da formação inicial e continuada do professor, o que decorre diretamente das oportunidades a eles oferecidas. Aprimorar o nível superior é uma necessidade que está associada à capacidade de receber egressos bem preparados, o que fecha um ciclo de dependência mútua positiva entre os níveis educacionais. (BRASIL, 2007b, p. 10).

O Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) interliga-se ao Plano de Metas e Compromisso Todos pela Educação (PMCTPE) e ao Plano de Ações Articuladas (PAR) [211] a fim de estabelecer, de forma integrada, ações sustentáveis que minimizem as dificuldades que permeiam a realidade da escola pública brasileira, especialmente no que diz respeito à Educação Básica. Destaca-se, ainda, que é preciso promover articulação entre os sistemas de ensino previstos nos programas, a fim de promover uma política nacional integradora que estabeleça bases comuns para o fortalecimento da educação nacional. (PENNA et QUEIROZ, 2012, p. 98). Boneti (2011, p. 97) agrega que o tipo de impacto que uma política pública causa na realidade social, os benefícios que ela produz e a quem beneficia vai se estabelecendo durante sua trajetória, desde sua elaboração até a sua operacionalização.

Os programas do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) estão organizados em quatro eixos: educação básica, educação superior, educação profissional e alfabetização. (BRASIL, 2007b, p. 15). Isso demonstra a preocupação de pensar a educação como um todo, a fim de que seja oferecida a todos que dela necessitem. Gomes (2011, p. 264) lança como desafio o oferecimento de uma educação de qualidade a todos. A simples inserção do aluno na rede de ensino, mesmo que com sua permanência até a conclusão dos cursos não é suficiente. É importante que se adquira o domínio de um conjunto de habilidades cognitivas pelo aluno, portanto o esforço tem que ultrapassar o mundo das estatísticas de matrículas e desistências para discutir o resultado produzido por essa educação, quanto a

potencialidades, conhecimentos e competências. A melhoria da qualidade da educação e a redução das desigualdades relativas às oportunidades educacionais – em outras palavras, o direito de aprender – são suas razões constitutivas”. (BRASIL, 2007, p. 41).

[211] O PAR é o conjunto articulado de ações, apoiado técnica ou financeiramente pelo Ministério da Educação, que visa o cumprimento das metas do Compromisso e a observância das suas diretrizes. (artigo 9º Decreto-Lei 6.094, de 24 de abril de 2007).

oferecer pessoas melhore para a sociedade, ao final de cada ciclo, a gerar aprendizagem e oportunidades.

O Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) – como uma política pública implantada em 2007 e com previsão de operar até 2022 – poderá não alcançar êxito pleno em todas as ações, mas não se pode deixar de admitir que tal plano constitua um esforço válido na busca de uma educação de qualidade para todos.

CONCLUSÃO

Até o presente ponto do estudo ainda em andamento, pode-se inferir que a educação consiste em direito fundamental social, por ser indispensável à materialização da dignidade humana, daí, a importância em reconhecer, garantir e concretizá-la como direito social subjetivo. A sua efetivação ultrapassa em muito à mera disponibilidade de vagas na rede pública, ou mesmo privada, de ensino, exigindo considerar também a sua efetiva qualidade, em termos de escolas, professores, currículo, material escolar, merenda, uniforme, transporte (acessibilidade).

O exercício da liberdade, visto como a capacidade que as pessoas têm de fazer escolhas e plenamente exercer seus direitos constitucionais, apenas é possível se o acesso ao ensino de qualidade for garantido pelo Estado, observado o princípio da igualdade em seu sentido material.

A simples positivação, mesmo que constitucional, de um direito, tal qual o direito fundamental à educação, não garante sua exequibilidade. É necessário que o Estado intervenha na realidade social e apresente um plano de ações composto por programas e projetos aptos a dar efetividade ao que foi previsto.

Aos planos de ação compostos de programas e projetos dá-se o nome de política pública, que se desenvolve a partir da identificação de um direito a ser efetivado. A partir dessa compreensão, formula-se um plano e decide-se quais serão as ações prioritárias para, a seguir, implementá-las. Após a materialização, avaliam-se os resultados alcançados a fim de verificar se a política pública cumpriu o objetivo delineado.

Com vistas a promover um direito à educação de qualidade em todo o território brasileiro, foi aprovado, em 2007, o Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) - política pública instituída por ato do poder executivo, com o objetivo de promover a melhoria da educação no país, no prazo de quinze anos.

Interligados ao Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), o Plano de Metas e Compromisso "Todos pela Educação" (PMCTPE) e o Plano de Ações Articuladas (PAR) surgiram com o intuito de estabelecer ações sustentáveis que melhorem a qualidade, sobretudo da Educação Básica brasileira.

Os benefícios que uma política pública é capaz de proporcionar, bem como as efetivas mudanças acarretadas por ela, só são passíveis de visualização clara na fase de avaliação de resultados. O Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), por tratar-se de uma política pública a ser operacionalizada por longo período, pode e deve ser constantemente analisado e reanalisado, a fim de promover a aplicação de projetos consistentes e aptos a interferir positivamente na realidade educacional brasileira.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Fernando de. A educação e seus problemas. São Paulo: Nacional, 1937.

BONETI, Lindomar Wesley. Políticas públicas por dentro. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2011.

BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. 4 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

COSTA, Denise Souza. Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DEWEY, John. Vida e educação:a criança e o programa escolar, interesse e esforço. 10. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1978.

GOMES. Maria Tereza Uille. Direito humano à educação e políticas públicas. Curitiba: Juruá, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009.

LIMA, Maria Cristina de Brito. A educação como direito fundamental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MACHADO JÚNIOR. César Pereira da Silva. O direito à educação na realidade brasileira. São Paulo: LTr, 2003.

MALISKA, Marcos Augusto. O direito à educação e a Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOREIRA, Orlando Rochadel. Políticas públicas e direito à educação. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PENNA, Maura; QUEIROZ, Luis Ricardo Silva. Políticas públicas para a educação básica e suas implicações para o ensino de música. Educação, Santa Maria, v. 37, n. 1, p. 91-106, jan/abr. 2012. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=117123668007 > Acesso em: 05 dez. 2014.

PROCOPIUCK, Mario. Políticas públicas e fundamentos da administração pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária. São Paulo: Atlas, 2013.

SAPIO. Gabriele. A educação no Brasil e o princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Ícone, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto. Políticas públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

SAVIANI. Dermeval. O plano de desenvolvimento da educação: análise do projeto do MEC. Educação e Sociedade. Campinas, v. 28, n. 100, p. 1231-1255, 2007. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a2728100.pdf> Acesso em: 10 dez. 2014.

TEIXEIRA. Anísio Spínola. Educação não é privilégio. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007.

BRASIL. Decreto n. 6.094, de 24 de abril de 2007. Dispõe sobre a implementação do Plano de Metas Compromisso Todos pela Educação, pela União Federal, em regime de colaboração com Municípios, Distrito Federal e Estados, e a participação das famílias e da comunidade, mediante programas e ações de assistência técnica e financeira, visando a mobilização social pela melhoria da qualidade da educação básica. Brasília, 2007a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6094.htm> Acesso em: 3 dez. 2014.

_________. Ministério da Educação. Plano de desenvolvimento da educação: razões, princípios e programas. Brasília, 2007b. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/livro/livro.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2014.

CAPÍTULO 9

O SISTEMA JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO: NOTAS SOBRE A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Rafael da silva Menezes[212]

RESUMO: A educação é um direito consagrado na Constituição brasileira e em diversos documentos internacionais especialmente porque se vincula esse direito à noção do ser humano como agente histórico capaz de transformar a realidade. Todavia, a previsão positivada deste direito não tem se mostrado suficiente para suprir o déficit de concretização de uma educação inclusiva e com qualidade. Neste contexto, o presente trabalho pretendeu, através da análise de 21 (vinte e uma) decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, identificar quais as principais controvérsias relacionadas à realização do direito à educação, que têm sido submetidas à apreciação daqueles órgãos e de que forma os mesmos têm dirimido as referidas divergências. Com arrimo nas decisões analisadas, foi possível delinear parâmetros jurídicos e técnicos idôneos capazes de contribuir para a legitimação e justificação da intervenção do Poder Judiciário brasileiro na elaboração e condução de políticas públicas educacionais, sem que tal fato seja caracterizado como uma desarmonia das funções estatais.
PALAVRAS-CHAVE: Educação; Direito; Poder Judiciário.

ABSTRACT: Education is a right enshrined in the Brazilian constitution and various international documents especially as this right is linked to the notion of human beings as historical agent capable of transforming reality. However, the forecast positively valued this right has not proven sufficient to meet the deficit of achieving an inclusive and quality education. In this context, this work aims through the analysis of 21 (twenty-one) decisions rendered by the Supreme Court and the European Court of Human Rights, identify the major controversies concerning the realization of the right to education, which have been submitted to appreciation of those organs and how they have settled these discrepancies. With breadwinner in the decisions analyzed, it was possible to delineate legal and reputable technicians capable of contributing to legitimize and justify the intervention of the Brazilian Judiciary in the preparation and conduct of educational public policies, without this fact be characterized as a state of disharmony functions parameters.
KEYWORDS: Education; Law; Judiciary.

[212]Doutorando em Direito (UFMG); Especialista em Direito Processual Civil (UFAM); Pesquisador Nível Doutorado da FAPEAM; Professor da Faculdade de Direito da UFAM; Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais e econômicos visam concretizar a dignidade à vida humana, assegurando condições materiais de existência, garantindo mais que a sobrevivência das pessoas. Tais direitos estão vinculados à percepção de que ao Estado cabe, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, assegurada pelos direitos civis e políticos, a tarefa de colocar à disposição das pessoas, os meios materiais que possibilitem o efetivo exercício de liberdades fundamentais. Esses direitos a prestações positivas objetivam a garantia “não apenas da liberdade perante o Estado, mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos” (SARLET, 2012, p. 177).

Quando das primeiras declarações de direitos fundamentais, a vida surgiu como direito indispensável, bastante e suficiente, a exigir apenas omissões por parte do Estado e de particulares. Com o passar do tempo, devido à constatação de novas necessidades, foi indispensável complementar aquele direito com outros, representados pelo postulado da dignidade humana, a influenciar de maneira diferente o Estado. Nesta seara, encontra-se o direito à educação.

A missão de educar já foi definida por Rousseau (2012, p. 20), como o “processo por meio do qual o homem adquire as habilidades e capacitações necessárias para o desenvolvimento das atividades a serem desempenhadas no curso de nossas vidas”. Este processo de educar para a vida (individual e coletiva), exerce influência na noção histórica do homem, como ser consciente de sua natureza e capaz de modificar a realidade que o cerca. Desta forma, “se o homem é capaz de perceber-se, enquanto percebe uma realidade que lhe parecia em si inexorável, é capaz de objetivá-la, descobrindo sua presença criadora e potencialmente transformadora da realidade” (FREIRE, 1983, p. 32).

Historicamente, pode-se fazer referência à Constituição Francesa de 1791, inspirada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como o instrumento normativo primário que previa o acesso ao ensino, ao estabelecer a obrigatoriedade de serviços públicos para a educação de crianças abandonadas e a obrigatoriedade de instrução pública gratuita. Já no século XX, a Constituição

Mexicana, de 1917 detalhou e definiu a obrigatoriedade e a gratuidade da educação primária, assim como o fez a Constituição Alemã de 1919, tratando da obrigatoriedade e da gratuidade do ensino e a Constituição da Federação Russa Socialista Soviética (1936), que por seu turno, delegou ao Estado socialista de fornecer educação geral, plena e gratuita para os trabalhadores e camponeses pobres.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, tratou do direito à educação, como direito social, definindo-a como direito público subjetivo, além de regular a competência administrativa e legislativa dos entes federados, incluindo, a obrigatoriedade de aplicação de percentual mínimo de verbas públicas no ensino gratuito. Aliás, o Brasil, desde a Constituição de 1824 tratou do direito à educação gratuita.

O direito à educação, ilustrativamente, também é tratado em documentos internacionais, formulados a partir do pós Segunda Guerra Mundial, a exemplo da Carta Internacional Americana de Garantias Sociais de 1947, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948, do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Econômicos de 1966, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1969, da Convenção sobre a eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres de 1979, da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, do Protocolo Adicional ao Pacto de San José da Costa Rica de 1988, da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000.

As previsões, em normas nacionais e internacionais, por mais belas e promissoras que sejam, não são suficientes para transformar em realidade os direitos declarados.

Diversos são os responsáveis pela interpretação e consequente concretização dos direitos fundamentais. Neste meio, estão inseridos os sistemas judiciários nacionais e internacionais, a quem cabe aplicar a norma ao caso concreto, após o exercício de interpretação, tutelando bens jurídicos submetidos a sua tutela, tendo, portanto, grande responsabilidade na missão de fazer cumprir a vontade histórica formadora dos direitos fundamentais e, por isso ou, para isso, dispõem de

meios legítimos para desempenhar esta atribuição. Exige-se, desta forma, uma postura ativa dos sistemas judiciários, ou em outros termos, um par de olhos atento às diversas formas de desrespeito aos direitos humanos, dentre os quais, a subtração do direito à educação.

Esta nova postura exigida dos órgãos jurisdicionais, permite às Cortes de Justiça (nacionais e internacionais), dentro de suas órbitas de atuação, exercerem controle sobre as atividades administrativas para coibir ou interromper lesão a direitos e, ainda, concretizar tais direitos.

As políticas públicas educacionais aí se inserem, enquanto orientações e planos gerais de programas e atos governamentais afeitos à determinada matéria, a exemplo do direito à educação. Sendo atividades governamentais que tratam diretamente de um direito fundamental, informando como ele será desenvolvido, as políticas públicas educacionais, além de serem inclusivas, devem obedecer a padrões de qualidade e eficiência direcionados aos objetivos do direito à educação.

Neste contexto, o presente trabalho visa analisar de que forma o Poder Judiciário brasileiro, especificamente, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado acerca da realização material do direito à educação e, ainda, identificar quais controvérsias acerca do exercício daquele direito são submetidas à jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos e quais procedimentos esse órgão supranacional tradicional tem desenvolvido para dar concretude ao direito à educação.

A presente pesquisa partiu de uma abordagem qualitativa e quantitativa, com enfoque crítico-dialético, cujos procedimentos técnicos basearam-se em levantamento bibliográfico e análise documental. Os documentos analisados totalizaram 21 (vinte e uma) decisões jurisdicionais, extraídas do portais eletrônicos disponibilizados pelo Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br) e pela Corte Europeia de Direitos Humanos (www.echr.coe.int), utilizando como parâmetro de pesquisa as expressões “direito à educação“, “educação“, “*right to education*“ e “*education*“. O parâmetro temporal aplicado foi de 05/10/2008 – transcurso de 20 (vinte) anos da promulgação da Constituição brasileira- a 05/11/2014. A estratégia voltou-se para a análise das decisões proferidas nos casos de maior impacto político

sobre os entes federados, no caso do Supremo Tribunal Federal e de maior entrelace com outros direitos fundamentais, no caso da Corte Europeia de Direitos Humanos.

1 O DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

O direito à educação apresenta-se como mecanismo eficaz de desenvolvimento humano e social, dando condições para, além de aprimorar as condições sociais de vida individual, ensejar condições para que os cidadãos possam participar de forma eficiente do cotidiano político-econômico do Estado Democrático de Direito, o que gera benefícios trans-individuais, aperfeiçoando as relações entre particulares e entre esses e o Estado, conforme indicado por Comparato:

> Essa educação, que possibilita o desenvolvimento humano em todas suas qualidades, tornando-o senhor de sua história, demonstra-se essencial para a formação de uma sociedade mais justa e igualitária, e indispensável para legitimação da soberania popular. O povo soberano, ativo e consciente, é a própria legitimação da ordem política (2006, p. 57).

Não é possível, portanto, enquadrar tal direito como sendo exclusivamente de Segunda Dimensão. É preciso atribuir-lhe elementos concretizadores, relacionados à coletividade. As consequências deste direito, o caracterizam por uma titularidade individual combinada com uma titularidade coletiva, inserindo-o no grupo de Terceira e Quarta Dimensões, enquanto base do desenvolvimento individual e social de um Estado Democrático, como bem pontua Piozzi:

> O ensino assume um papel primordial na construção de um espaço público no qual o voto esclarecido e a participação autônoma e criteriosa dos cidadãos comuns na administração garantam a boa vida comum, impedindo que os recursos teóricos dos demagogos e as habilidades executivas dos competentes sejam novas fontes de institucionalização e planejamento do domínio (2007, p. 715).

A atual Constituição brasileira dedicou a Seção I, de seu Capítulo III (Da Educação, Cultura e Desporto) ao direito à educação, de forma programática e exequível que cada um dos entes federativos deve comprometer, anualmente, um percentual mínimo de sua receita, para garantir o funcionamento dos serviços de ensino:

> Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

O sistema atual atribuiu aos Municípios a atuação prioritária no ensino fundamental e infantil e aos Estados e ao Distrito Federal, também de forma prioritária, a manutenção do ensino fundamental e médio. É possível afirmar que inexiste qualquer óbice a que tais entes federativos atuem em outros níveis de educação, o que, por óbvio, pressupõe o atendimento satisfatório nos níveis em que sua atuação seja prioritária. As obrigações do Estado em busca da concretização do direito à educação estão concentradas no art. 208, da Constituição Federal, a seguir transcritas:

> Art. 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
>
> I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
>
> II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
>
> III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
>
> IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
>
> V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
>
> VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
>
> VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.
>
> § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.
>
> § 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.
>
> § 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Como se constata, o Constituinte dispensou um tratamento nitidamente diferenciado ao ensino obrigatório, realçando que, além de dever do Estado, o que poderia soar como mera enunciação de uma promessa, configura, independentemente de qualquer requisito etário, direito subjetivo do indivíduo. Com isto, torna-se exigível a sua disponibilidade e efetividade, uma vez que prevista a disciplina constitucional e assegurado, em abstrato, o exercício de um direito, está o seu titular autorizado a exigir a realização material deste direito.

A tutela jurisdicional que se deve prestar a um bem jurídico fundamental, como o direito à educação, precisa ser real, para poder realizar a determinação constitucional prevista no art. 5º, incisos XXXV, que se refere à inafastabilidade da prestação judicial, produzindo efeitos materiais sobre a realidade.

Esta nova postura exigida permite ao Judiciário, dentro de sua órbita de atuação, exercer controle sobre as atividades administrativas para coibir ou interromper lesão a direitos e, ainda, concretizar tais direitos. É preciso entender essa atuação jurisdicional como medida assecuratória do direito à educação com qualidade, esta é a função que o Poder Judiciário estará desempenhando ao desempenhar a referida tutela jurisdicional, ainda que venha a alterar as políticas públicas educacionais, porque o estará fazendo para assegurar princípios, que postos em balanceamento com outras previsões normativas, surgem como inafastáveis.

Contudo, este atuar do Poder Judiciário sobre políticas públicas educacionais não é ilimitado, não pode ser arbitrário, nem fruto de um mero voluntarismo pessoal, precisa para ser legítimo, apoiar-se em fundamentos jurídicos e técnicos sólidos, para que o Poder Judiciário não tenha sob sua responsabilidade funções que não lhe são próprias.

> Assim, se uma política pública, ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei. Também será legítima a utilização de fundamentos morais ou técnicos, quando seja possível formular um juízo de certo/errado em face das decisões dos poderes públicos. (BARROSO, 2012)

Há, ainda, um elemento que deve ser levado em consideração, quando da concretização do direito à educação inclusiva e com qualidade: o equilíbrio econômico-financeiro do Estado. As decisões judiciais não podem, por outro lado, comprometer a capacidade de planejamento e execução da Administração Pública. Não sendo observados parâmetros técnicos e contábeis para atuação judicial nas políticas públicas educacionais, cada uma das decisões judiciais pode assegurar necessidades individuais e inviabilizar a atividade global.

Se a assertiva anterior é verdadeira, não é menos verdadeira a constatação de que não se pode alijar a função jurisdicional somente com o argumento da insuficiência de recursos financeiros e da imutabilidade da previsão orçamentária.

Não se pode admitir como absoluto um orçamento, para que através dele sejam perpetradas e perenizadas, por exemplo, escolhas equivocadas que atuem no sentido contrário ao cumprimento dos direitos fundamentais, sendo possível sustentar que, em certas e determinadas hipóteses, os referidos direitos devem ser protegidos, apesar da previsão orçamentária.

Por outro lado, a legitimidade popular outorgada aos Poderes Legislativo e Executivo não afasta, *per si*, o controle jurisdicional das políticas públicas por eles articuladas. É preciso, portanto, enfrentar o debate referente à necessidade de implementação e avanço dos direitos fundamentais sociais e a realidade da escassez de recursos públicos, buscando superar a premissa que tende a limitar, com exclusividade, as escolhas decorrentes da falta de recursos do Estado aos Poderes Executivo e Legislativo. Em verdade, como bem esclarece Lênio Streck, “no Estado Democrático de Direito, há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional” (STRECK, 2010, p. 23).

Pode-se defender a tese de que quando não existir ato normativo ou ação administrativa, implementando a Constituição, o Poder Judiciário deve agir, tanto de forma individual ou mediante provimentos mandamentais em ações coletivas. É possível, até mesmo, vislumbrar um mandamento jurisdicional como ordem de legislar, a exemplo de uma sentença que, em Ação Civil Pública, determina que um ente federado, a elaboração de um plano municipal ou estadual de educação.

Por outro lado, se a política geral existir e não for cumprida a contento, também cabe a atuação jurisdicional, para fazer valer a política estabelecida. Quando, contudo, houver ato normativo e ações administrativas implementando os mesmos, a atuação da função jurisdicional do Estado é mais restrita, para não afrontar o atual desenho institucional brasileiro, considerando, ainda a limitação dos recursos públicos e o caráter permanente e progressivo dos direitos fundamentais.

2 O DIREITO À EDUCAÇÃO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

De acordo com a metodologia adotada para a elaboração do presente trabalho, convém identificar de que forma o Poder Judiciário nacional, especificamente, o Supremo Tribunal Federal, tem tratado o tema de concretização

do direito fundamental à educação. Analisando os julgados, a seguir transcritos, observa-se que a maioria das demandas levadas ao Pretório Excelso referem-se à garantia da gratuidade e acesso ao ensino, não havendo, ao menos no âmbito daquele órgão jurisdicional, discussões acerca da qualidade da prestação do serviço educacional.

Quando do julgamento do Recurso Extraordinário 357.148, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal foi instado a se pronunciar sobre a alegada impossibilidade de estender a merenda escolar gratuita a alunos do ensino médio e do profissionalizante do ensino público e à concomitante cobrança, destes alunos, de uma taxa anual para custeio das respectivas alimentações escolares. A Turma concluiu que o direito gratuito ao ensino contemplaria, também, o fornecimento de alimentação escolar, a todos os alunos do ensino público, assim consignando:

> Ante o teor dos arts. 206, IV, e 208, VI, da Carta de 1988, descabe à instituição pública de ensino profissionalizante a cobrança de anuidade relativa à alimentação. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário 357.148. 1ª Turma. Educação. Direito Fundamental. Ensino Profissionalizante. Alimentação. Cobrança. Impropriedade. Relator Min. Marco Aurélio, DJE, Brasília, 28 mar 2014)

Ainda dentro da órbita da gratuidade do ensino, o Supremo Tribunal Federal, por manifestação de seu Tribunal Pleno, entendeu ser inviável a cobrança, por parte de Universidades Federais, de taxas de matrículas em seus cursos superiores, à exceção dos programas de Pós=Graduação *lato sensu*. Confira-se o seguinte julgado:

> Ensino superior. Estabelecimento oficial. Cobrança de taxa de matrícula. Inadmissibilidade. Exação julgada inconstitucional. A cobrança de matrícula como requisito para que o estudante possa cursar universidade federal viola o art. 206, IV, da Constituição. Embora configure ato burocrático, a matrícula constitui formalidade essencial para que o aluno tenha acesso à educação superior. As disposições normativas que integram a Seção I, do Capítulo III, do Título VIII, da Carta Magna devem ser interpretadas à dos princípios explicitados no art. 205, que configuram o núcleo axiológico que norteia o sistema de ensino brasileiro.
>
> (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário 500.171. Tribunal Pleno. Administrativo. Ensino Superior. Taxa de matrícula. Relator Min. Marco Aurélio, DJE, Brasília, 24 jan 2008)

No que se refere ao custeio direto do oferecimento de educação e de seus encargos acessórios e a responsabilidade fiscal decorrente do pacto federativo, entendeu-se que a União detém a competência legislativa para impor um piso nacional para o salário dos professores da rede pública de ensino:

> Pacto federativo e repartição de competência. Piso nacional para os professores da educação básica. (...). Perda parcial do objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que o cronograma de aplicação escalonada do piso de vencimento dos professores da educação básica se exauriu (arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008). É constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global. Competência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador. É constitucional a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse."
>
> (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4167. Piso Salarial. União. Competência. Relator Min. Joaquim Barbosa, DJE, Brasília, 24 ago 2011, p. 35)

Quanto à disponibilização do serviço educacional, especificamente, no que pertine ao atendimento de crianças em creches e pré-escolas, o Pretório Excelso também identificou neste dever do Estado, um correspondente direito público subjetivo, que impõe ao Estado ônus financeiro para adimplir condições objetivas de acesso ao ensino, dentre as quais a obrigação de ente municipal a ofertar matrículas em creches próximas às residências das crianças, conforme restou consignado pela Segunda Turma daquele Tribunal[213].

Outro questionamento conduzido ao Supremo Tribunal Federal diz respeito à possibilidade de o Ministério Público utilizar-se de Ação Civil Pública para exortar ente federado a aplicar o percentual de 25 % (vinte cinco por cento) do orçamento no ensino público. E, neste contexto, o Tribunal entendeu que seria viável o ajuizamento da referida ação coletiva, ante a envergadura do interesse social a ser albergado

> Ação civil pública promovida pelo Ministério Público contra Município para o fim de compeli-lo a incluir, no orçamento seguinte,

---

[213] 213 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Agravo em Recurso Extraordinário 639337. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello, DJE, Brasília, 14 set 2011, p. 125.

> percentual que completaria o mínimo de 25% de aplicação no ensino. CF., art. 212. Legitimidade ativa do Ministério Público e adequação da ação civil pública, dado que esta tem por objeto interesse social indisponível (CF., art. 6º, arts. 205 e segs, art. 212), de relevância notável, pelo qual o Ministério Público pode pugnar (CF., art. 127, art. 129, III).
>
> (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário 364864 MG, Relator Min Ellen Gracie, DJE, Brasília, 18 dez 2009)

Observa-se que o Pretório Excelso tem reconhecido o direito à educação como direito público subjetivo, tendo em diversas oportunidades, registrado a mora da Administração Pública e determinado a concretização específica do direito, em ações individuais ou coletivas, registrando, expressamente, a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário, em assuntos tipicamente de gerência administrativa do Estado, quando este se mostra omisso ou falho em oferecer o ensino gratuito.

Todavia, por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, já afirmou não haver mora, por exemplo, na erradicação do analfabetismo no Brasil, aceitando a resolução gradual do problema.

> Ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação ao disposto nos arts. 6º, 23, V; 208, I; e 214, I, da Constituição da República. Alegada inércia atribuída ao Presidente da República para erradicar o analfabetismo no País e para implementar o ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos os brasileiros. Dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos. Ausência de omissão por parte do chefe do Poder Executivo Federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação. A edição da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei 10.172/2001 (Aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente.
>
> (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1698. Relatora Min Carmen Lúcia, DJE, Brasília, 16 abr 2010)

A partir da busca e a identificação de parâmetros para a atividade jurisdicional, no que concerne às políticas públicas educacionais, para que sejam inclusivas e de qualidade, é possível encontrar um equilíbrio entre a falta de efetividade da norma constitucional garantidora do direito à educação e os malefícios de um voluntarismo judicial que compromete a segurança financeira do Estado. E, a partir da análise das decisões acima individualizadas, pode-se afirmar que o Supremo

Tribunal Federal tem estabelecido uma posição firme quanto ao reconhecimento do direito subjetivo ao ensino gratuito e a obrigatoriedade de materialização do respectivo direito, embora reconheça que os problemas de educação podem ser resolvidos a longo prazo, desde que o Estado demonstre que está adotando as respectivas providências.

3 O DIREITO À EDUCAÇÃO NA PERSPECTIVA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

No contexto do presente trabalho, é importante verificar de que forma a Corte Europeia de Direitos Humanos, enquanto sistema judiciário internacional, temse posicionado, no exercício de sua função jurisdicional, acerca da garantia do direito à educação. E esta opção de enfoque complementar decorreu do fato de este sistema europeu, comparado aos demais sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, ter sido um dos primeiros a ser instalado, a partir da aprovação da Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais), em Roma, em 04/11/1950, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, quando foi aprovada pelos países membros do Conselho da Europa, emergindo como esperança no estabelecimento de padrões mínimos de responsabilidade ético-jurídica para com os seres humanos.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos tem por finalidade estabelecer padrões mínimos de proteção aos seres humanos, no continente europeu, ao mesmo tempo em que institucionaliza o compromisso dos Estados-membros em não adotarem disposições de direito interno contrárias às normas da Convenção, bem como de estarem aptos a serem demandados perante a Corte Europeia de Direitos Humanos caso desrespeitem as normas estabelecidas no instrumento internacional, em relação a quaisquer pessoas sob sua jurisdição, ainda que estas não sejam originárias de países europeus signatários da Convenção.

Na primeira parte da Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 1º a 18) estão previstos, de forma exemplificativa, os direitos e liberdades fundamentais, que consagram em síntese, o direito à vida, à proibição de tortura, proibição de escravidão e trabalhos forçados, direito à liberdade, à segurança, ao processo equitativo, respeito à vida privada e familiar, liberdade de pensamento, de consciência e de religião, liberdade de expressão, de reunião, de associação, direito ao

casamento, direito a um recurso efetivo, proibição de discriminação e proibição do abuso de direito.

O rol de direitos e liberdades fundamentais, previstos originariamente na Convenção Europeia de Direitos Humanos foi expandido, por meio de Protocolos à Convenção, para contemplar outros direitos, sobretudo aqueles que constavam da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e de outros que, posteriormente foram previstos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966).

Em síntese são os seguintes os direitos contemplados: direito à propriedade, à instrução e de sufrágio (Protocolo nº 1); proibição da prisão civil por dívidas, liberdade de circulação, proibição da expulsão de nacionais e proibição da expulsão coletiva de estrangeiros (Protocolo nº 4); abolição da pena de morte em tempo de paz (Protocolo nº 6); adoção de garantias processuais na expulsão de estrangeiros, garantia ao duplo grau de jurisdição em matéria criminal, direito à indenização em caso de erro judiciário, o princípio do *non bis in idem* e o princípio da igualdade conjugal (Protocolo nº 7); direito à não-discriminação (Protocolo nº 12), e; abolição completa da pena de morte, mesmo em situações de 5exceção (Protocolo nº 13).

Em 20/03/1952, em Paris, por intermédio do Protocolo n.º 1, os governos membros do Conselho da Europa, com o intuito de tomar providências apropriadas para assegurar a garantia coletiva de direitos e liberdades, além dos que já figuravam no Título I da Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais), incluíram na Convenção, a proteção à propriedade, o direito à educação e ao sufrágio. Acerca do direito à educação, assim restou positivado:

> Art. 2º. A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.

A partir da positivação, no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos, do direito à educação, tal direito passou a ser submetido à apreciação jurisdicional da Corte Europeia de Direitos Humanos. A seguir, são descritos alguns

casos[214] referentes ao direito à educação, que foram levados à apreciação da Corte Europeia de Direitos Humanos e que representam grande controvérsia na Europa.

3.1 Caso Tarantino e Outros *versus* Itália

A Corte Europeia de Direitos Humanos, por intermédio de sua Segunda Seção, foi instada a se manifestar (petições n.º 25851/09, 29284/09 e 64090/09) acerca da violação ou não do art. 2º, do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, pela Itália, no que concerne ao estabelecimento de limites de candidatos que poderiam ingressar em universidades, públicas e privadas e se tais candidatos deveriam ser submetidos a exames de admissão.

No caso, dos quinze peticionários, 7 (sete) não foram aprovados nem classificados nos exames de admissão e os demais, após seguidas reprovações durante oito anos de curso, foram excluídos do mesmo e lhes foi solicitado que se submetessem a novos exames admissionais.

Acerca da restrição imposta pela submissão de candidatos a exames admissionais, entendeu-se que se tratava de uma exigência geral e abstrata, associada ao objetivo de alcançar altos níveis de profissionalismo, exigindo dos alunos um padrão mínimo de conhecimento e preparação para desenvolverem nos cursos universitários. Considerou-se, ainda, que a medida era proporcional porque buscava identificar os estudantes mais meritosos.

Quanto à questão do limite de vagas nas universidades, compreendeu-se que um balanceamento deveria ser realizado entre o interesse individual e os interesses gerais da sociedade, entendeu-se que a regulação do direito à educação pode variar de acordo com as necessidades e as fontes de recursos para o financiamento da educação, sobretudo porque o Estado poderia avaliar a demanda da sociedade por uma profissão.

Tais restrições, segundo a Corte, também poderiam ser estendidas a universidades privadas, não somente porque as universidades privadas, na Itália, recebem subsídios do Estado, mas também porque a regulação de acesso à educação superior poderia ser considerada como mecanismo de prevenção a admissões e/ou

---

[214] Os casos relatados no presente artigo encontram-se todos disponíveis no site eletrônico da Corte Europeia de Direitos Humanos e estão individualizados ao longo das notas de rodapé.

exclusões arbitrárias, além de garantir um tratamento igualitário entre os candidatos. Postas estas premissas, no caso, a Segunda Seção da Corte, em 02/04/2013, entendeu não ter havido violação ao direito à educação, previsto no art. 2º, do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

3.2 Caso Epistatu *versus* Romênia

Neste caso, a Terceira Seção da Corte Europeia de Direitos Humanos, ao apreciar a petição n.º 29343/10, debruçou-se sobre a questão envolvendo a impossibilidade do peticionário em concluir a *high school education*, durante o tempo em que cumpria sentença em um presídio na Romênia.

Segundo o peticionante, o mesmo teria sido obrigado a abandonar o último ano de sua formação educacional, para cumprir uma sentença penal e as autoridades penitenciárias não teriam permitido que o mesmo completasse seus estudos na prisão.

A Terceira Seção da Corte, em 24/09/2013, reafirmou o entendimento de que o impedimento de continuar estudos, em razão de condenação judicial que obrigue a pessoa a ficar detida em estabelecimento prisional, não representa violação ao direito à educação, nem tampouco obrigaria as autoridades penitenciárias a proverem cursos *ad hoc* para prisioneiros.

3.3 Caso Lavida e outros *versus* Grécia

Neste caso, os peticionários eram 23 (vinte e três) cidadãos gregos, representados por uma organização não governamental. De acordo com a petição, metade da população de Sofades, cidade localizada na Tessália, na parte ocidental de Grécia central, é composta de pessoas de origem cigana, que vivem em um bairro conhecido como o novo conjunto habitacional Roma. Segundo os recorrentes, 84 famílias vivem na novaconjunto habitacional, e 300 famílias continuam a viver em uma propriedade mais antiga. À data dos fatos, 4 (quatro) escolas primárias existiam em Sofades.

Quinze dos candidatos eram crianças que estavam em idade de escolaridade obrigatória em 2009 - 2010. Doze deles foram educados na escola n. 4.

Em 21 de Maio de 2009, o Ministério da Educação foi informado de que estaria havendo uma segregração espacial, havendo escolas que possuiam apenas alunos ciganos, mesmo havendo escolas, mais próximas a suas residências, com vagas disponíveis. Em setembro de 2009 os pais das crianças em idade escolar requereram ao diretor da escola n. 1, que aceitasse matricular seus filhos, naquele unidade escolar, em razão de ser mais próxima de sua residência, o que foi recusado. A situação denunciada pelos candidatos para o ano letivo de 2009 - 2010 perdurou até o ano acadêmico 2012-2013. Os ciganos só estudavam em escolas frequentadas exclusivamente por ciganos e nas demais escolas, ciganos não eram aceitos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, em 30/05/2013, ao apreciar a petição n.º 7973/2010 entendeu que houve uma violação conjunta ao art. 14, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como ao art. 2º, do Protocolo n.º 1 da mesma Convenção, condenando o Estado grego ao pagamento de EUR 1.000 (hum mil euros) a cada família peticionária, em razão dos danos não financeros expiados e mais EUR 2.000 (dois mil euros) em razão dos custos do procedimento.

3.4 Caso Anatoliy *versus* Ponomaryov *versus* Bulgária

A partir da petição n.º 5335/05, a Corte, por intermédio de sua Quarta Seção, foi instada a se manifestar acerca da cobrança de taxa, pela Bulgária, de dois alunos de origem russa, para que pudessem frequentar a escola. Os peticionantes informaram, em síntese, que sua mãe, após divorcia-se na Rússia, mudou-se para a Bulgária, onde contraiu matrimônio com um búlgaro nato. Sua mãe, então, obteve um visto permanente e seus filhos foram autorizados a viver na Bulgária, embora sem um visto permanente, desde 1994 e falavam fluentemente o idioma do país.

Em 2005, foi cobrada uma taxa de EUR 800 (oitocentos euros) e EUR 2.600 (dois mil e seiscentos euros), respectivamente, da peticionante e de sua irmã, que estavam no último e penúltimo ano da *secondary education*, sob pena de não continuarem os estudos e nem receberem diplomas pelos estudos realizados. As alunas não foram impedidas de assistirem às aulas, mas o diploma da irmã mais velha somente foi entregue a ela, dois anos após a conclusão.

Em 21/06/2011, a Corte entendeu que a proibição de discriminação estabelecida na Convenção Europeia de Direitos Humanos se aplicava a todos os

direitos que o Estado se obrigara e que, considerando o fato de que as peticionantes foram cobradas por uma taxa, não cobradas de outros alunos, as mesmas foram tratadas de forma discriminatória. A Corte enfatizou o reconhecimento de que a provisão de educação era uma atividade complexa e cara, sobretudo quando se considera a limitação de recursos estatais. Contudo, quando o Estado decidia voluntariamente prover educação gratuita, não poderia excluir um grupo de pessoas, deste benefício, sem uma justificativa.

3.5 Caso Dojan e outros *versus* Alemanha

Neste caso, a Quinta Seção da Corte Europeia de Direitos Humanos, em 13/09/2011, apreciou a petição n.º 319/08, por meio da qual 5 (cinco) casais alemães, seguidores da religião batista alegaram que os mesmos e seus respectivos filhos tiveram o direito à educação adequada e à liberdade de crença desrespeitados, porque requereram ao Estado Alemão que seus filhos fossem dispensados dos seminários de educação sexual (*My body is mine)*, o que não foi atendido.

Os pais alegaram que os cursos de orientação sexual promovidos, expunham uma visão liberalista da sexualidade, com a qual não concordavam e, sendo cristãos batistas, eram contrários aos métodos de ensino daquela disciplina, segundo os quais, não demonstrava uma visão ética e imparcial do tema.

A Quinta Seção da Corte entendeu que a segunda frase do artigo 2 º do Protocolo n º 1 visa salvaguardar a possibilidade de pluralismo na educação, uma possibilidade que é essencial para a preservação de uma sociedade democrática, tal como concebido pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, e seria através do ensino do Estado que este objetivo deveria ser realizado.

O art. 2 º do Protocolo n º 1 impusera ao Estado o dever de respeitar às convicções dos pais, sejam elas religiosas ou filosóficas, ao longo de todo o programa de educação do Estado, tal dever é amplo em sua extensão, uma vez que se aplicaria não só ao conteúdo da educação e da forma de sua prestação, mas também para o desempenho de todas as funções assumidas pelo Estado. Todavia, a definição e planejamento de uma grade curricular, em princípio, é da competência dos Estados e está a envolver principalmente questões de oportunidade e conveniência. Em

particular, a segunda frase do artigo 2 º do Protocolo n º 1 não impediria que os Estados divulgassem em escolas públicas, por meio do ensino, informações objetivas.

A Corte consignou ser muito difícil para muitas matérias ensinadas na escola não ostentar, em maior ou menor grau, alguma aparência filosófica. O mesmo seria verdadeiro para afinidades religiosas, quando se observa a existência de religiões que formam um amplo sistema de crença dogmática e moral que tenha ou possa ter respostas para todas as perguntas de natureza filosófica , cosmológica ou moral.

A segunda frase do artigo 2 º implicaria, por outro lado, que o Estado, no cumprimento das funções por ele assumidas no que diz respeito à educação e ao ensino, deve tomar cuidado para que a informação ou conhecimento incluída no currículo seja transmitida de forma objectiva, crítica e pluralista. O Estado é proibido de perseguir um objetivo de doutrinação que pode ser caracterizado quando não respeita convicções religiosas e filosóficas dos pais. Esse seria um limite que não deve ser ultrapassado.

O Tribunal recordou que já examinou, em outras oportunidades, o fato de o sistema educacional alemão impor a freqüência obrigatória em escola primária, excluindo a educação em casa em geral. Foi compreendido que o Estado, na introdução de um sistema deste tipo, tinha por objetivo assegurar a integração das crianças na sociedade, com vistas a evitar o surgimento de sociedades paralelas, as considerações que estavam em linha com a própria jurisprudência do Tribunal sobre a importância do pluralismo para a democracia.

A Corte observou que as aulas de educação sexual em questão visavam a transmissão neutra de conhecimento sobre procriação, contracepção, gravidez e nascimento da criança, de acordo com as disposições legais subjacentes e as diretrizes que se seguiram e do currículo, que foram baseadas em normas científicas e educacionais atuais. O objetivo da oficina de teatro "*My body is mine*", foi aumentar a conscientização sobre a violência e abuso sexual de crianças, com vistas a sua prevenção e proporcionar aos alunos o conhecimento de aspectos biológicos, éticos, sociais e culturais da sexualidade de acordo com a sua idade e maturidade, a fim de capacitá-los a desenvolver seus próprios pontos de vista morais e uma abordagem independente para a sua própria sexualidade.

A educação sexual deveria promover a tolerância entre os seres humanos, independentemente da sua orientação sexual e identidade. Este objetivo também se reflete nas decisões dos tribunais alemães que encontraram em suas decisões cuidadosamente fundamentadas que a educação sexual para a faixa etária em questão era necessário, com vista a permitir que as crianças tratassem criticamente as influências da sociedade, em vez de evitá-los e teve como objetivo formar cidadãos responsáveis e emancipados, capazes de participar dos processos democráticos de uma sociedade pluralista - em particular, com vista à integração das minorias e evitando a formação de "sociedades paralelas" religiosamente ou ideologicamente motivados.

A Quinra Seção da Corte entendeu, postas essas premissas, que não houve a violação alegada e que, no caso concreto, a educação sexual, tal como transmitida e planejada visava propiciar uma ambiente plural e democrático.

3.6 Caso Leyla Sahin *versus* Turquia

Neste caso proposto contra a Turquia (petição n.º 44774/98), a requerente, vinda de uma família tradicional de muçulmanos praticantes, exercia seu dever religioso usar o véu islâmico.Queixava-se de uma regra anunciada em 1998, quando a mesma era uma estudante de medicina da Universidade de Istambul, proibindo os estudantes de usarem esse véu em sala de aula ou durante os exames, o que acabou levando-a a deixar o país e prosseguir os seus estudos na Áustria.

A Corte (*Grand Chamber*) considerou, em 10/11/2005, que não houve violação do artigo 9º da Convenção, encontrando que havia uma base jurídica de direito turco para a interferência no direito da requerente em manifestar a sua religião. Teria ficado claro para a candidata, a partir do momento em que ela entrou na universidade, quais eram as restrições sobre o uso do véu islâmico e, a partir da data em que a regra de universidade foi anunciada, no sentido de que era passível de ser recusado o acesso a palestras e exames se ela continuasse a usá-lo.

Tendo em conta a margem de apreciação, a Corte considerou ainda que a interferência pode ser considerado como necessária em uma sociedade democrática, para efeitos do artigo 9 º § 2 º da Convenção. Em particular, levou-se em

consideração o impacto que o uso do véu islâmico, muitas vezes apresentado ou percebido como um dever religioso obrigatório, pode ter sobre aqueles que optaram por não usá-lo.

3.7 Lautsi e outros *versus* Itália

Neste caso (petição n.º 30814/06), os filhos da requerente frequentavam uma escola estadual, onde todas as salas de aula tinham um crucifixo na parede, o que ela considerou contrário ao princípio da laicidade pelo qual ela queria conduzir seus filhos. Durante uma reunião na escola, o marido da recorrente suscitou a questão da presença de símbolos religiosos na salas de aula, particularmente crucifixos, e requereu que eles fossem removidos, o que foi negado. A recorrente interpôs processos administrativos e queixou-se em particular, sem sucesso, de uma violação do princípio da laicidade. Ela argumentou que a exibição do crucifixo na escola do Estado estava em violação do artigo 9 (liberdade de pensamento, consciência e religião) da Convenção e do artigo 2 º do Protocolo n º 1 da Convenção.

Em sua decisão, a Grande Seção da Corte, em 1/03/2011 considerou que não houve violação do Artigo 2 º do Protocolo n º 1 da Convenção. Constatou-se, em particular, que a questão de símbolos religiosos nas salas de aula era, em princípio, uma questão que estava dentro da margem de apreciação do Estado, desde que as decisões não levassem a uma forma de doutrinação. O fato de que os crucifixos nas salas de aula das escolas do Estado na Itália transparecendo a maioria religiosa predominante de visibilidade do país no ambiente escolar não era por si só suficiente para denotar um processo de doutrinação.

Além disso, segundo a Corte, a presença de crucifixos não foi associada com o ensino obrigatório sobre o cristianismo, e não houve nada que sugerisse que as autoridades eram intolerantes com alunos que acreditavam em outras religiões ou tivessem outras convicções não-religiosas e filosóficas. Finalmente, a recorrente manteve seu direito como um pai para esclarecer e aconselhar os seus filhos e para orientá-los em um caminho em linha com as suas próprias convicções filosóficas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à educação, a despeito de sua reconhecida importância e influencia nas sociedades democráticas, ainda encontra entraves a sua realização e, percebe-se que alguns destes entraves estão relacionados à coexistência daquele direito com outros, a exemplo do direito à liberdade de crença, à proibição de discriminação e a um equilíbrio financeiro-orçamentário do Estado.

A fim de não inviabilizar o exercício do direito à educação é preciso buscar e construir parâmetros idôneos, que permitam um balanceamento que conduza à convivência harmônica dos direitos e a Corte Europeia de Direitos Humanos, a partir de seus pronunciamentos pode auxiliar na identificação de elementos a serem utilizados para a concretização dos direito à educação.

Todavia, não se mostra possível construir parâmetros exatos, que se apliquem a todos os casos de ameaça ou lesão ao direito à educação. A própria Corte Europeia de Direitos Humanos, quando instada a se manifestar, por exemplo, quanto à utilização de símbolos religiosos em espaços educacionais, possui entendimentos diferentes, partindo de premissas distintas, mas igualmente, juridicamente válidas.

Comparando as situações controvertidas postas em consideração perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, nota-se que os mesmos são diferentes daqueles postos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Os problemas enfrentados por este ainda são relacionados diretamente à falta de realização individual de acesso formal e material a escolas e universidades, tendo reconhecido o direito à educação, em alguns aspectos, como um direito público subjetivo, exercitável e exigível por meio do Poder Judiciário que pode torna-lo individual e concreto.

Todavia, as decisões judiciais, ante a omissão do Poder Público estão sendo resolvidas de forma menos rápidas do que o necessário e, sem um parâmetro muito bem delineado de quando a registrada intervenção do Poder Judiciário é legítima e válida, o que exige um aperfeiçoamento do sistema constitucional de repartição de competências administrativas e de garantia de direitos, para que a atividade jurisdicional não se transforme em palco de discussões quanto ao orçamento e escolha de políticas públicas que deveriam ocorrer no Poder Legislativo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Ratio Juris, Oxford, n. 2, p. 131-140, 2003. Traduzido por Menelick de Carvalho Netto.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

________. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <rafaelmenezes1@hotmail.com> em 10 abr. 2006.

BARROS, Sérgio Rezende de. O poder judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br>. Acesso em: 14 jul. 2012.

BASILIO, Dione Ribeiro. Direito à educação: um direito essencial ao exercício da cidadania. Sua proteção à luz dos direitos fundamentais e da Constituição Federal de 1988. 2009. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 19ª. Reimpressão, Elsevier 1992.

_______. O futuro da democracia. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. Constituição e Normatividade dos Princípios, 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário 357.148. 1ª Turma. Educação. Direito Fundamental. Ensino Profissionalizante. Alimentação. Cobrança. Impropriedade. Relator Min. Marco Aurélio, DJE, Brasília, 28 mar 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário 500.171. Tribunal Pleno. Administrativo. Ensino Superior. Taxa de matrícula. Relator Min. Marco Aurélio, DJE, Brasília, 24 jan 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4167. Piso Salarial. União. Competência. Relator Min. Joaquim Barbosa, DJE, Brasília, 24 ago 2011, p. 35.

____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Agravo em Recurso Extraordinário 639337. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello, DJE, Brasília, 14 set 2011, p. 125.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário 364864 MG, Relator Min Ellen Gracie, DJE, Brasília, 18 dez 2009.

____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1698. Relatora Min Carmen Lúcia, DJE, Brasília, 16 abr 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n. 57. p. 37-68, jul/dez 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. A afirmação histórica dos direitos humanos. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 02/11/2013.

Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) in SALIBA, Aziz Tuffi. Legislação de Direito Internacional. 7ª ed. São Paulo: Rideel, 2012.

Convenção sobre os Direitos da Criança in SALIBA, Aziz Tuffi.Legislação de Direito Internacional. 7ª ed. São Paulo: Rideel, 2012.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). Decisão. Dahlab v. Switzerland. no. 42393/98. Dahlab c. Suíça. Estrasburgo, 15 de fevereiro 2001.

CEDH. Julgamento preliminar. Leyla Şahin v. Turkey. no 44774/98. Leyla Sahin c. Turquia. Estrasburgo, 29 de junho de 2004.

CEDH. Julgamento. Leyla Şahin v. Turkey. no 44774/98. Leyla Sahin c. Turquia. Estrasburgo, 10 de novembro de 2005.

CEDH. Opinião dissidente do juiz Tulkens. Leyla Şahin v. Turkey. no 44774/98. Leyla Sahin c. Turquia. Estrasburgo, 10 de novembro de 2005.

CEDH. Julgamento. Lautsi and others v. Italy. no. 30814/06. Lautsi e outros c. Itália. Estrasburgo, 18 de março de 2011.

CEDH. Julgamento. Laurentino and others v. Italy. N. 25851/09. Estrasburgo, 2 de abril de 2013.

CEDH. Julgamento. Epistotus v. Romenia. N. 29343/10, Estrasburgo, 24 de setembro de 2013.

CEDH. Julgamento. Anatotely and others v. Belgica. N. 5335/05, Estrasburgo, 21 de junho de 2011.

CEDH, Julgamento. Dogur v.France. N. 27058/05, Estrasburgo, 4 de fevereiro de 2008.

CEDH. Julgamento. Aktas and others v. France. N. 43563/08, Estrasburgo, 30 de junho de 2009.

CEDH. Decisão Preliminar. Affaire Lautsi c. Italie. no. 30814/06. Lautsi c. Itália. Estrasburgo, 3 de novembro de 2009.

COSTA. Flávio Dino de Castro. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas no Brasil. Revista CEJ, Brasília, n. 28, p. 40-53, 2005. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero28>. Acesso em 14 jun. 2014

Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resoluçãonº217/1948 da AGONU) in SALIBA, Aziz Tuffi. Legislação de Direito Internacional. 7ª ed. São Paulo: Rideel, 2012.

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 Nov. 1950, ETS 5, art. 9.

FREIRE, Paulo. Educação e Mudança. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

HABERELE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Romualdo Portela. O direito à educação na Constituição Federal de 1988 e seu re-estabelecimento pelo sistema de justiça. Disponível em: <http://www.mpes.gov.br>. Acesso em: 20 ago. 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Série Década das Nações Unidas para a Educação em Matéria de Direitos Humanos 1995/2004. Educação em Matéria de Direitos Humanos e Tratados Internacionais. Disponível em: http://www.ie.uminho.pt/Uploads/NEDH/Serie_Decada_2.pdf. Acesso em: 30/11/2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOZZI, Patrícia. Utopias revolucionárias e educação pública: rumos para uma nova cidade ética. Revista Educação e Sociedade. Campinas, vol. 28, n. 100, p. 715 – 735, out 2007. Disponível em: www.cedes.unicamp.br. Acesso em: 19/11/2013.

ROSSEAU, Jean Jacques. Emílio ou da educação. 3ª Ed. São Paulo: Martins Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUZA, Eliane Ferreira de. Direito à educação – requisito para o desenvolvimento do país. São Paulo: Saraiva, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. O Direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229 – 257.